

El derecho de asilo en España y en Francia: entre margen de discrecionalidad y margen de actuación

GÉRALDINE GALEOTE

Université Paris 8/ERESCEC

ABSTRACT

According to the first article of the Geneva Convention and to the New York Protocol, anyone requesting refugee status in France and in Spain needs to prove that they are personally threatened in their home country. In practice, however, granting refugee status to asylum seekers is not as neutral an act as one might think, despite the prevailing consensus on the definition of this status. This paper will analyze a set of variables which, depending on the level (national or European), raises, first, the issue of just how much discretion judges and organizations can wield in deciding to grant refugee status, then, given E. U. policy, of how much leeway the French and Spanish States have in the question of asylum.

53

RÉSUMÉ

Toute personne qui sollicite le statut de réfugié, tant en France qu'en Espagne, doit apporter la preuve qu'il est personnellement menacé dans son pays d'origine, tel que le stipule l'article 1 de la Convention de Genève et le Protocole de New-York. Toutefois, l'octroi du statut de réfugié aux demandeurs d'asile n'est pas dans la pratique aussi empreint de neutralité que pourrait le laisser penser le consensus existant autour de la définition de ce *status*. Il existe en effet, une série de variables qui sont analysées dans ce travail et qui, selon la sphère dans laquelle on se trouve, posent d'une part, le problème de la marge de discrétionnalité ou d'appréciation des juridictions et des organismes compétents dans l'octroi du statut de réfugié et d'autre part, celui de la marge de manœuvre de l'Etat espagnol et de l'Etat français en matière d'asile eu égard à la politique européenne.

La globalización del fenómeno migratorio conlleva la elaboración y la puesta en marcha de nuevas estrategias por parte de los Estados receptores para mantener cierto control sobre los flujos dentro del respeto de los Derechos Humanos. Ahora bien, los Estados miembros de la Unión Europea han impulsado, en particular desde los años noventa, y desde las diversas instituciones comunitarias, políticas con vistas a la "comunitarización" de esta cuestión. Entre otras iniciativas, se destaca la adopción en el Consejo europeo de los días 15 y 16 de Octubre de 2008, del Pacto europeo de inmigra-



EL DERECHO DE ASILO EN ESPAÑA Y EN FRANCIA:
ENTRE MARGEN DE DISCRECIONALIDAD Y MARGEN DE ACTUACIÓN

ción y asilo, consensuado entre España, Francia y Alemania¹. Más allá de su contenido, que se caracteriza por la adopción de una regulación estricta, es menester subrayar que el gobierno español logró influir sobre el gobierno francés para que no se introdujeran ciertas propuestas galas apremiantes que se asemejaban al modelo vigente en Francia, en particular el contrato de integración. La situación de España como país receptor es muy reciente dado que tradicionalmente fue un país de emigración, especialmente tras la Guerra Civil y la instauración del régimen franquista. Fue, de forma paulatina, a partir de los años noventa y principios de los años dos mil, debido al crecimiento económico principalmente, cuando el proceso conoció una inversión, convirtiéndose España en uno de los principales países de acogida en el sistema migratorio internacional, equiparándose su condición a la de Francia.

54

Aunque la política de asilo se define en su gran mayoría con la misma normativa que la política inmigratoria *stricto sensu* que abarca las problemáticas del control de los flujos inmigratorios, la integración de los inmigrantes y las políticas de codesarrollo, constituyendo siempre un capítulo por separado en los textos legales, conviene resaltar que sus fundamentos son muy diferentes. La concesión del estatuto de refugiado responde a una situación directamente vinculada a la condición del demandante de asilo o de protección subsidiaria en su país de origen con el objetivo de garantizar su seguridad; lo cual no existe en las demás figuras relacionadas con el derecho de extranjería. La Convención sobre el estatuto de los refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 en el marco de las Naciones Unidas, y posteriormente completada por el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados firmado el 31 de enero de 1967, instrumento internacional de referencia, proporciona en su artículo 1 una definición de lo que debe entenderse por “refugiado”:

[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 él².

Toda persona que pretenda al estatuto de refugiado debe encontrarse pues, según dicho texto, amenazada personalmente con respecto a uno de los cinco motivos enumerados. Tanto la Convención de Ginebra como el Protocolo de Nueva York fueron ratificados

¹ Durante la XX Cumbre franco-española que tuvo lugar en enero de 2008, Nicolas Sarkozy declaró: “Sur l’immigration, nous avons décidé de travailler ensemble et de porter ensemble l’espérance d’un pacte européen pour l’immigration. Démontrant ainsi que l’immigration n’est pas un problème de gauche ou de droite, que nous sommes pour l’immigration régulière, notamment l’immigration du travail, mais que nous voulons lutter contre l’immigration irrégulière. Nous avons décidé de travailler ensemble », *Déclarations Officielles de politique étrangère, Bulletin d’actualité du 10 janvier 2008*, Ministère des Affaires Étrangères, France, p. 18.

² Los textos de la Convención y del Protocolo se encuentran en el sitio de la Agencia de la ONU para los refugiados, ACNUR: Convención: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0005.pdf> - Protocolo: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0003.pdf>



por España³ y Francia⁴, debiendo pues, ambos Estados, respetar estas pautas. Así, el artículo L711-1 del código de entrada y permanencia de los extranjeros y derecho de asilo francés⁵, que define la condición de refugiado, recoge de forma explícita los supuestos enumerados por el artículo 1 de la Convención de Ginebra⁶, tal como lo hace también en sus artículos 2 y 3 la Ley española 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁷. Ahora bien, aunque existe cierto consenso o convergencia en cuanto a la definición general de este *estatus*, el otorgamiento del estatuto de refugiado a los demandantes de derecho de asilo no resulta en la realidad tan ecuánime. Existe efectivamente una serie de variables que nos proponemos ahora analizar y que, según la esfera en la cual nos encontremos, plantea, por un lado la cuestión del margen de discrecionalidad o apreciación de los organismos y jurisdicciones competentes para otorgar el estatuto de refugiado al demandante de asilo y, por otro lado el margen de actuación de España y Francia en materia de asilo con respecto a la política europea en este terreno.

EL MARGEN DE DISCRECIONALIDAD EN EL OTORGAMIENTO DE LA CALIDAD DE REFUGIADO EN FRANCIA Y EN ESPAÑA

El derecho de asilo es esencialmente un derecho constitucional fundamental y autónomo reconocido como tal en el apartado 4 del Preámbulo francés de 1946, el cual reconoce que toda persona perseguida por su acción a favor de la libertad tiene derecho al asilo en los territorios de la República⁸. La Constitución española también reconoce el derecho de asilo en su artículo 13-4 dejando a la ley la labor de precisar su

³ Ratificación de 22 de julio de 1978, *Boletín Oficial del Estado* de 21 de octubre de 1978.

⁴ Ratificación de 23 de junio de 1954 y 3 de febrero de 1971, *JORF du 29 octobre 1954* y *JORF du 10 avril 1971*.

⁵ *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*.

⁶ Article L711-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : « La qualité de réfugié est reconnue à toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté ainsi qu'à toute personne sur laquelle le haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés exerce son mandat aux termes des articles 6 et 7 de son statut tel qu'adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 14 décembre 1950 ou qui répond aux définitions de l'article 1er de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Ces personnes sont régies par les dispositions applicables aux réfugiés en vertu de la convention de Genève susmentionnée ».

⁷ Artículo 2: "El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967. Artículo 3: "La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9", *BOE núm. 263, 31 de octubre de 2009, p. 90864*.

⁸ « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ».

puesta en práctica⁹. De hecho, la concesión del derecho de asilo ha constituido siempre un símbolo de la soberanía nacional.

En Francia, los demandantes de asilo deben efectuar su demanda ante el Prefecto quien transmite el expediente a la oficina francesa de protección de los refugiados y apátridas (OFPRA)¹⁰, organismo público bajo tutela del reciente Ministerio de inmigración, integración, identidad nacional y codesarrollo¹¹. El único supuesto en el cual el expediente no podrá ser tramitado, aunque el solicitante responda a los requisitos legales, es el del incumplimiento de una de las obligaciones formales – por ejemplo falta de formulario legal –. En la mayoría de los casos, el oficial de protección encargado de estudiar el expediente de solicitud convoca al demandante para aclarar los hechos alegados y hace una proposición de decisión a su jefe de sección quien toma la decisión final de admisión o inadmisión de la demanda. Según el informe de actividad de la OFPRA de 2007, el 93,1% de los demandantes son convocados¹². Básicamente, para que le sea concedido el derecho de asilo, el demandante debe entrar en una de las tres categorías enunciadas en el artículo 711-11 del código de entrada y permanencia de los extranjeros y derecho de asilo. La primera categoría, denominada convencional, a la cual ya hemos aludido, se basa sobre la Convención de Ginebra – perseguido en su país por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas –. La segunda categoría o asilo constitucional, incluye a las personas quienes hayan actuado a favor de la libertad, sobre la base del Preámbulo de 1946. La tercera categoría concierne las personas que se benefician del mandato de la Alta Comisaría para los Refugiados de las Naciones Unidas (ACNUR) en aplicación de su estatuto. La gran dificultad para el demandante de asilo reside en poder aportar la prueba efectiva de que haya sufrido personalmente una persecución por una de las razones ya mencionadas. En esta evaluación factual interviene un grado importante de discrecionalidad, o sea de margen de apreciación del representante del Estado encargado de tramitar la demanda de asilo, puesto que le corresponde determinar de forma bastante subjetiva, salvo en los raros casos con hechos obviamente concluyentes, que se da o no una situación que pueda legitimar la concesión del estatuto de refugiado. El carácter bastante arbitrario de esta evaluación es patente tanto a nivel de la determinación de la veracidad de los hechos como de su correspondencia con una de las categorías, dado que éstas carecen de definición precisa. Ahora bien, para que pueda respetarse el derecho del individuo, y como medio para circunscribir los posibles efectos negativos del margen de aprecia-

⁹ Artículo 13-4 Constitución española de 1978: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

¹⁰ OFPRA : Office Français de Protection des Réfugiés et des Apatrides.

¹¹ Ministère de l’Immigration, de l’Intégration, de l’Identité nationale et du Codéveloppement. Este Ministerio fue creado en 2007. Sus funciones se encuentran definidas en el decreto núm. 2007-999 de 31 de mayo de 2007, *JORF núm. 125*, de 1 de junio de 2007.

¹² OFPRA, *Rapport d’activités 2007*, p. 65.

ción, existe en Francia una posibilidad de interponer un recurso en un plazo de un mes con el requisito de aportar nuevos elementos factuales. Todo demandante de asilo cuya demanda haya sido denegada puede acudir al tribunal nacional del derecho de asilo¹³, jurisdicción administrativa bajo la autoridad de un presidente – vocal del Consejo de Estado – y dividida en secciones integradas por tres miembros¹⁴. Según el dictamen presentado por el senador André Trillard en nombre de la comisión de asuntos exteriores, defensa y fuerzas armadas sobre inmigración, asilo e integración, en el marco del proyecto de ley de finanzas de 2009, el porcentaje de recursos tras una decisión de denegación por parte de la OFPRA, se ha situado alrededor del 85 % durante los tres últimos años. Dicho documento utiliza esta cifra para hacer hincapié en el buen funcionamiento del sistema de recursos¹⁵. No obstante, la cantidad de recursos no puede constituir el único indicador en la valoración del buen funcionamiento. El elemento más trascendente en esta cuestión, y también el de más difícil valoración, consiste en determinar si el margen de discrecionalidad del cual goza el tribunal para admitir o desestimar la solicitud de asilo fue utilizado de forma justa, equitativa y equilibrada. Según una jurisprudencia constante, el demandante de asilo debe aportar la prueba de que existe un grado elevado de gravedad en la persecución o la amenaza¹⁶ y de que el temor o la amenaza tienen un carácter personal y actual¹⁷. El procedimiento ante el tribunal contiene una fase oral contradictoria, que permite al demandante, asistido la mayoría de las veces por un abogado y/o un intérprete, explicarse con más precisión sobre los hechos invocados. Las sesiones del tribunal son en principio públicas. Las garantías ofrecidas al demandante de asilo en esta fase de recurso son pues mucho más amplias que las que pudo tener en la fase inicial puesto que la decisión ya no estriba en una sola persona dado que el tribunal presenta un funcionamiento colegiado. Esto no significa, tal y como ya lo hemos apuntado, que no exista un margen de apreciación o de discrecionalidad bastante importante puesto que los miembros de este tribunal

¹³ Cour Nationale du Droit d'Asile.

¹⁴ Artículo L732-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* : « La Cour nationale du droit d'asile comporte des sections comprenant chacune : 1° Un président nommé : a) Soit par le vice-président du Conseil d'Etat parmi les membres du Conseil d'Etat ou du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, en activité ou honoraires ; b) Soit par le premier président de la Cour des comptes parmi les magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes, en activité ou honoraires ; c) Soit par le garde des sceaux, ministre de la justice, parmi les magistrats du siège en activité et les magistrats honoraires de l'ordre judiciaire ; 2° Une personnalité qualifiée de nationalité française, nommée par le haut-commissaire des Nations unies pour les réfugiés sur avis conforme du vice-président du Conseil d'Etat ; 3° Une personnalité qualifiée nommée par le vice-président du Conseil d'Etat sur proposition de l'un des ministres représentés au conseil d'administration de l'office».

¹⁵ «L'importance du taux des recours, qui se situe autour de 85% des décisions négatives de l'OFPRA durant ces trois dernières années, traduit le bon fonctionnement des possibilités offertes aux déboutés», *Avis présenté au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi de finances pour 2009, adopté par l'Assemblée Nationale, TOME VII, Immigration, asile et intégration, par M. André Trillard, sénateur, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 novembre 2008.*

¹⁶ Véase por ejemplo *CRR, SR, 18 janvier 2006, 457401, Mlle S.*

¹⁷ Véase por ejemplo *CRR, 2 novembre 2006, 531247, M. R.*

asumen la tarea de concretar los hechos con exactitud, lo cual resulta sumamente difícil y aleatorio en situaciones extremas como las que viven los demandantes de asilo, y de determinar si las circunstancias invocadas pueden entrar en el marco legal de admisión del derecho de asilo. En realidad, la decisión del tribunal se basa fundamentalmente en la íntima convicción de sus miembros a la luz del expediente constituido por el ponente que instruye la demanda. El rol esencial de esta figura en el procedimiento se asemeja al del juez instructor durante la instrucción de causas penales. Esta problemática fue evocada por Jean-Marc Sauvé, vicepresidente del Consejo de Estado, en un discurso pronunciado el 15 de diciembre de 2008 ante los miembros del tribunal nacional del derecho de asilo francés:

Aujourd'hui, les exigences qui pèsent sur ce juge et ses collaborateurs, c'est-à-dire vous-mêmes, pour apprécier la complexité des situations qui sont soumises à la Cour, analyser les recours et faire émerger la vérité des dossiers excèdent très notablement celles auxquelles vos prédécesseurs ont été confrontés et portent le niveau de difficulté bien au-delà de ce qu'ils ont connu¹⁸.

Este discurso se enmarca en un contexto particular de traspaso de la gestión administrativa y presupuestaria del tribunal nacional del derecho de asilo al Consejo de Estado a partir del 1 de enero de 2009¹⁹. Efectivamente, existía un grave problema de independencia de este órgano en la medida en que su financiación y funcionamiento dependían hasta ahora del OFPRA, es decir del mismo órgano administrativo encargado de examinar las solicitudes de asilo en la fase inicial²⁰.

La decisión del tribunal nacional del derecho de asilo puede verse recurrida en casación ante el Consejo de Estado en un plazo de dos meses, debiendo el demandante de asilo ser asistido obligatoriamente por un abogado en este caso. El papel desempeñado por esta jurisdicción en materia de asilo resulta trascendente en la medida en que ha permitido la emergencia de principios generales del derecho que otorgan al demandante una mayor protección. Consagró en 1988 el principio de no devolución de un refugiado a su país cualquiera que fuera el motivo²¹ y en 1991 el derecho de todo demandante a

¹⁸ Intervention de Jean-Marc SAUVÉ, Vice-président du Conseil d'Etat, Lundi 15 décembre 2008, Réunion des agents de la Cour nationale du droit d'asile. http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/discours_vp/visite_CNDA151208.pdf

¹⁹ Este proceso fue iniciado con la ley de 20 de noviembre de 2007 y por el decreto de 15 de julio de 2008 sobre derecho de asilo y finalizado con el decreto de 30 de diciembre de 2008 sobre el tribunal nacional del derecho de asilo. *Loi n°2007-1631 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, 20 novembre 2007, JORF n°270 du 21 novembre 2007. Décret n°2008-702 relatif au droit d'asile, 15 juillet 2008, JORF n°0165 du 17 juillet 2008. Décret n°2008-1481 relatif à la Cour nationale du droit d'asile, 30 décembre 2008, JORF n°0008 du 10 janvier 2009.*

²⁰ Este problema fue planteado por Anicet Le Pors, Presidente de sección en la Comisión de recursos de los refugiados, en un informe redactado en 2006. Anicet LE PORS, *Rapport sur la situation statutaire des personnels de la Commission des recours des réfugiés*, Octubre 2006, <http://anicetlepors.blog.lemonde.fr/category/asile/>

²¹ « Les principes généraux du droit des réfugiés, résultant notamment de la définition du réfugié politique donnée par la convention de Genève font obstacle à ce qu'un réfugié soit remis de quelque manière que ce soit, par un Etat qui lui reconnaît cette qualité aux autorités de son pays d'origine », *CE, 1er avril 1988, 85234, M.B.*

permanecer de forma transitoria sobre el territorio francés hasta que le sea comunicada la admisión o inadmisión de su demanda²². Por fin, a las tres categorías que permiten beneficiarse del derecho de asilo sobre la base de la Convención de Ginebra, el Consejo de Estado añadió en 1994 el otorgamiento de la condición de refugiado a tenor del principio de unidad familiar:

Considérant que [...] les principes généraux du droit applicables aux réfugiés, résultant notamment des stipulations de la Convention de Genève, imposent, en vue d'assurer pleinement au réfugié la protection prévue par ladite Convention, que la même qualité soit reconnue à la personne de même nationalité qui était unie par le mariage à un réfugié à la date à laquelle celui-ci a demandé son admission au statut, ainsi qu'aux enfants mineurs de ce réfugié²³.

Ahora bien, el recurso de casación no garantiza lo que podría denominarse la “absorción” del margen de apreciación o de discrecionalidad – al cual aludimos anteriormente – en todos sus componentes, en la medida en que el Consejo de Estado interviene sobre los problemas de competencia y de procedimiento o para determinar si la decisión fue lo suficientemente motivada. Viene también a sancionar los errores de derecho debidos a una mala interpretación de las normas convencionales²⁴ pero no analiza los hechos que ya fueron sometidos a una “interpretación soberana”²⁵ – según los propios términos de esta jurisdicción – por parte del tribunal nacional del derecho de asilo.

El procedimiento de asilo en España resulta diferente del francés, en particular en su fase inicial. Así, la ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria establece el procedimiento de inadmisión a trámite por el cual el Ministro de Interior, a propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), adscrita al Ministerio de Interior, puede considerar que una demanda no debe ser tramitada aun cuando no haya sido examinada en detalle²⁶. El fundamento de esta pauta procedimental es “impedir la utilización fraudulenta con fines de inmigración económica del sistema de protección de

²² CE, Ass. 13 décembre 1991, M.N.

²³ CE, Ass., 2 décembre 1994, 112842, Mme A.

²⁴ Por ejemplo : « Considérant qu'en estimant que M. B. entré dans les prévisions de l'article 1er, E de la convention de Genève en se fondant sur la seule circonstance qu'il a obtenu des autorités indiennes le 4 juin 1999 la délivrance d'un passeport, sans rechercher s'il avait effectivement les droits et obligations attachés à la possession de la nationalité indienne, la Commission des recours des réfugiés a commis une erreur de droit », CE, 3 novembre 2004, 240632, M. B.

²⁵ Por ejemplo : « Considérant que pour rejeter la demande de M. L., ressortissant de la République populaire de Chine, la commission des recours des réfugiés a estimé «qu'il ressort de l'instruction et notamment des déclarations faites à huis clos, que l'intéressé, confirmant par ailleurs son homosexualité, se livrait à la prostitution avec des touristes étrangers» et «que, dès lors, les persécutions alléguées, à les supposer établies, ne permettent pas de le regarder comme entrant dans le cadre des dispositions de la convention de Genève» ; qu'en estimant ainsi que M. L. n'entrait pas dans le champ des stipulations précitées, la commission, qui a suffisamment motivé sa décision, s'est livrée, sans commettre d'erreur de droit, à une appréciation souveraine des circonstances de l'espèce, exempte de dénaturation, qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation ».

²⁶ Véase artículo 20 de la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, 31 de octubre de 2009, p. 90871-90872.

los refugiados”²⁷. El problema que plantea la inadmisión a trámite es el del margen de discrecionalidad o de apreciación de la Administración en un grado todavía mayor al que ya hemos subrayado para Francia en otras fases. Efectivamente, entre otros supuestos, la ley anteriormente vigente, de 26 de marzo de 1984, enunciaba que la Oficina de Asilo y Refugio podía proponer al Ministerio de Interior la inadmisión a trámite cuando “la solicitud se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección”. La nueva normativa de 30 de octubre de 2009 también recoge en su artículo 21 esta posibilidad “cuando la persona solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes [...] de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada por lo que respecta al hecho de albergar un fundado temor a ser perseguida o a sufrir un daño grave”. El carácter discrecional viene sufragado por el hecho de que la decisión de inadmisión es tomada sin estudio en profundidad del expediente. La intervención del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) a través del dictamen favorable o desfavorable a las solicitudes de asilo no representa un contrapeso real en la medida en que éste no es vinculante. Sólo en caso de reexamen en el supuesto de inadmisión en frontera, tendrá cierto impacto su dictamen favorable dado que podrá permitir al solicitante entrar en el territorio español con el requisito de haber interpuesto un recurso contencioso-administrativo. La petición de reexamen deberá intervenir en el plazo de dos días desde la notificación de la resolución y será resuelta por el Ministro de Interior. Los solicitantes, tanto en la frontera como en el territorio, tienen la posibilidad de interponer un recurso contencioso-administrativo ante una resolución de inadmisión a trámite. Según el informe 2008 de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), 4127 solicitantes de asilo fueron inadmitidos a trámite en 2007, es decir el 63,53%²⁸. Esta fase previa a la tramitación de la solicitud de asilo representa pues en España un obstáculo de envergadura y un laboratorio privilegiado del margen de discrecionalidad de la administración española.

En caso de admisión de la demanda de asilo, el expediente es instruido por la Oficina de Asilo y Refugio. Antes de redactar su propuesta de resolución puede decidir de la audición del solicitante para aclarar ciertos elementos tal como sucede en Francia. Si bien, tal y como lo hemos analizado anteriormente, en Francia, la decisión de conceder o no el derecho de asilo a un solicitante recae en una persona, bajo la supervisión de su jefe, en el órgano que instruye inicialmente la solicitud de asilo – OFPRA –, en España, una vez finalizada la fase de instrucción de la OAR, el expediente se eleva a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio para que lo examine y redacte una pro-

²⁷ Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, *BOE núm. 0052 de 2 de marzo de 1995*.

²⁸ Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), Informe 2008, p. 233.

puesta de resolución motivada e individualizada. Dicha Comisión, adscrita al Ministerio de Interior, está compuesta por un representante de cada uno de los departamentos con competencia en política exterior e interior, justicia, inmigración, acogida de los solicitantes de asilo e igualdad y se convoca a cada una de sus sesiones al representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Le incumbe al Ministro de Justicia e Interior resolver sobre la base de la propuesta de la Comisión Interministerial con una resolución motivada e individualizada. Aunque no se pueda negar que el margen de discrecionalidad de la administración española sea considerable, podemos sin embargo subrayar que la tramitación inicial por varios órganos permite que, a la inversa de lo que ocurre en el caso francés, se confronten los puntos de vista de varias personas a diferentes niveles del Estado²⁹. De hecho, la normativa española prevé el supuesto en que el Ministro de Justicia e Interior discrepase de la propuesta de concesión o denegación de asilo formulada por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, dando la posibilidad de que, llegado el caso, se eleve el expediente al Consejo de Ministros para que adopte la resolución pertinente. Este intercambio de análisis sobre la situación y el expediente del solicitante de asilo le resulta a primera vista bastante favorable puesto que el 24,17% de los demandantes tuvieron en 2007 una resolución desfavorable contra el 85% en Francia. Ahora bien, es imprescindible no olvidar que en España se debe añadir a esta cifra el 63,53% de las solicitudes que fueron inadmitidas a trámite. Finalmente, la realidad para los solicitantes de asilo en Francia y en España en la fase administrativa es equiparable.

El derecho español ofrece al solicitante a quien se le haya denegado el derecho de asilo la posibilidad de pedir un reexamen de su expediente con el requisito de que haya nuevos elementos probatorios³⁰ o desaparición de circunstancias que hayan justificado la denegación. Cabe mencionar que ha desaparecido de la nueva normativa el supuesto de desaparición de circunstancias que hayan justificado la denegación³¹. La tramitación es idéntica a la que tuvo lugar inicialmente, es decir de nuevo con la omnipresencia del margen discrecional de la administración. Como en Francia, se intenta aportar cierta matización a esta problemática a través del recurso jurisdiccional. Así, el solicitante del derecho de asilo tiene la facultad de recurrir la resolución de denegación ante la jurisdicción contencioso-administrativa³², la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional

²⁹ Ahora bien, la posibilidad que ofrecía la normativa española anterior de que, en el supuesto en que el Ministro de Justicia e Interior discrepase de la propuesta de concesión o denegación de asilo formulada por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, se eleve el expediente al Consejo de Ministros para que adopte la resolución pertinente, ya no está presente en la nueva ley de 30 de octubre de 2009.

³⁰ Artículo 29-3 de la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, 31 de octubre de 2009, p. 90875.

³¹ Ver en la antigua normativa el artículo 9 de la ley 5/1984, *op. cit.*

³² Artículo 29 de la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria: "1. Las resoluciones previstas en la presente Ley pondrán fin a la vía administrativa, salvo en el caso de que se haya presentado la petición de reexamen prevista en el apartado cuarto del artículo 21, en que se entenderá que pone

y la Sala tercera de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en última instancia. Ahora bien, de forma semejante a lo que ocurre en Francia, la decisión del tribunal español estriba en la íntima convicción de los jueces, tal como se deduce de los propósitos del Tribunal Supremo:

Tengamos en cuenta, en este sentido, que cuando el artículo 8 de la Ley de Asilo establece que para el reconocimiento de la condición de refugiado bastará la aportación de «indicios suficientes» de los hechos relatados, es claro que no exige una prueba plena de tales hechos, como hemos declarado en una jurisprudencia constante. Con esa expresión se refiere la Ley a los indicios que permiten concluir que hay una razonable certeza de que lo que sostiene el recurrente coincide con la realidad. Para realizar esta operación valorativa, el bloque normativo regulador del asilo dota al órgano jurisdiccional de una amplia libertad de apreciación a fin de sopesar los datos de que dispone, pues de otra manera la institución del asilo podría quedar desprovista de cualquier operatividad práctica, habida cuenta que los grupos perseguidores no suelen dejar constancia fehaciente de sus ataques y amenazas³³.

El análisis de la jurisprudencia reciente hace resaltar cierto predominio de decisiones basadas sobre la obligatoriedad de “los necesarios indicios”³⁴. El carácter evasivo de la normativa española en materia de asilo, al igual que la francesa, permite a las jurisdicciones usar de su margen de apreciación a su conveniencia. En una época en que los Estados europeos pretenden protegerse frente a la intensificación de los movimientos migratorios en un proceso de globalización, preconizando políticas restrictivas en materia inmigratoria y de asilo, el margen de discrecionalidad o de apreciación del cual gozan tanto las administraciones como las jurisdicciones para conceder el derecho de asilo es utilizado como una pieza maestra de ajuste a las exigencias del momento. Ahora bien, dado que esta esfera nacional se enmarca dentro de otra esfera supranacional, la de la Unión Europea, es interesante acercarnos ahora a la cuestión del margen de actuación de los Estados; la cuestión que se plantea es la de saber si el margen de discrecionalidad de las administraciones y de las jurisdicciones nacionales en la aplicación del derecho de asilo, tal y como lo hemos analizado anteriormente, representa el único margen de actuación de los Estados en la medida en que el derecho de asilo ha pasado a ser una materia de carácter comunitario.

fin a la vía administrativa la resolución que decida dicha petición, y serán susceptibles de recurso de reposición con carácter potestativo y de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. 2. Cuando se interponga un recurso contencioso-administrativo y se solicite la suspensión del acto recurrido, dicha solicitud tendrá la consideración de especial urgencia contemplada en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, BOE núm. 263, 31 de octubre de 2009, p. 90875.

³³ STS 7698/2006 de 30 de noviembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Esta afirmación fue retomada en la STS 3114/2008 de 18 de junio de 2008.

³⁴ Véanse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 426/2008 de 29 de enero de 2008, STS 2766/2008 de 21 de mayo de 2008, STS 3114/2008 de 18 de junio de 2008, STS 4105/2008 de 19 de junio de 2008.

EL MARGEN DE ACTUACIÓN DEL ESTADO ESPAÑOL Y DEL ESTADO FRANCÉS

Con el fin de acrecentar la coherencia y la unidad de las políticas de asilo en el seno de la Unión Europea, los Estados miembros han iniciado un proceso que se encamina hacia una política de asilo común con vistas a instaurar un procedimiento común y un estatuto uniforme para los refugiados. El punto de partida efectivo fue la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, en 1999, que hizo pasar el derecho de asilo del tercer pilar del tratado constitutivo de la Unión Europea, o sea de la cooperación intergubernamental, al primer pilar, es decir el de las cuestiones comunitarias. Así, estableció una primera fase de cinco años de armonización de las políticas nacionales en materia de asilo. La segunda fase, que deberá culminar en principio en 2010 con el régimen común de asilo, fue definida posteriormente en el programa de La Haya, el 5 de noviembre de 2004, por los jefes de Estado o de gobierno. Veamos pues cuáles son los principales instrumentos jurídicos en materia de asilo a nivel europeo para poder después plantear la cuestión de su aplicación efectiva en el derecho español y en el derecho francés y del margen de actuación de ambos países.

En primer lugar, entre los textos europeos más relevantes en materia de asilo, podemos referirnos al Reglamento de Dublín II, de 18 de febrero de 2003, por el cual se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país. Este instrumento legislativo tiene por objetivo prevenir los riesgos de solicitudes múltiples en el espacio de Schengen y, por consiguiente, que un solicitante de asilo pueda permanecer en Europa varios años a la espera de la concesión del derecho de asilo:

Los Estados miembros examinarán toda solicitud de asilo presentada por un nacional de un tercer país a cualquiera de ellos, ya sea en la frontera o en su territorio. La solicitud será examinada por un solo Estado miembro, que será aquel que los criterios mencionados en el capítulo III designen como responsable³⁵.

Junto con este Reglamento, tres directivas asentaron las bases de un derecho de asilo europeo: la directiva del Consejo de 27 de enero de 2003 por la cual se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros³⁶, la directiva del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protec-

³⁵ Artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el cual se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país, *Diario Oficial núm. L 050 de 25 de febrero de 2003*, p. 0001-0010.

³⁶ Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la cual se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, *Diario Oficial núm. L 31 de 6 de febrero de 2003*, p. 0018-0025.

ción internacional y al contenido de la protección concedida³⁷ y, por fin, la directiva 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 refugiado³⁸. Si bien los reglamentos europeos son de aplicación directa en el derecho interno de los Estados miembros – efecto directo del derecho comunitario –, las directivas deben ser transpuestas en el ordenamiento interno. El principio de primacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales, consagrado por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L, implica que el derecho comunitario sea de aplicación efectiva en las materias de su competencia y que la normativa nacional no pueda ir en contra de las normas de derecho comunitario. Cada Estado es responsable de la transposición del derecho comunitario en su ordenamiento, sobre la base del principio de cooperación leal, consagrado por el artículo 10 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea³⁹. En este marco, se puede afirmar que el margen de actuación de los Estados Miembros es bastante estrecho en la medida en que la autonomía que sustentan en la integración del derecho comunitario dentro de su ordenamiento se ve circunscrita, en primer lugar, por el control ejercido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el cual considera que “la aplicación del Derecho nacional no debe menoscabar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario”⁴⁰ y, en segundo lugar, por un conjunto de textos – comunicaciones o recomendaciones⁴¹ – y mecanismos impulsados por la Comisión. Así, en su Comunicación sobre la mejora del control de la aplicación del derecho comunitario, de 11 de diciembre de 2002, la Comisión reafirma su importante papel en este ámbito:

La jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia consagra el poder de apreciación discrecional de la Comisión en materia de infracciones, que hace de ésta el único juez respecto de la pertinencia de iniciar diligencias relativas al control de la aplicación del Derecho comunitario. El Defensor del Pueblo Europeo, tras destacar que este poder

³⁷ Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, *Diario Oficial núm. L 304 de 30 de septiembre de 2004*, p. 0012-0023.

³⁸ 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, *Diario Oficial núm. L 326 de 13 de diciembre de 2005*, p. 0013-0033.

³⁹ Artículo 10 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea : « Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (sala segunda) de 8 de junio de 1995, Siemens S.A contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T-459/93, *Recopilación de Jurisprudencia 1995*, p. II-01675.

⁴¹ Véase por ejemplo la Recomendación de la Comisión, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior, *Diario Oficial núm. L98 de 16 de abril de 2005*.

no puede ejercerse de manera arbitraria, también ha recordado regularmente en sus dictámenes este poder de apreciación discrecional. La misión de «guardiana» del ordenamiento jurídico comunitario, que el artículo 211 del Tratado CE confía a la Comisión, implica por tanto la responsabilidad de ésta de adoptar las medidas de organización internas necesarias para el ejercicio efectivo e imparcial de su misión, con arreglo al Tratado⁴².

El dispositivo al cual se refiere la Comisión es el del procedimiento por incumplimiento en el caso en que un Estado miembro no cumpla con su obligación de poner en aplicación en su propio ordenamiento el derecho comunitario – acto positivo o abstención –. Tras un procedimiento administrativo previo quedado sin efecto y un dictamen motivado de la Comisión europea, el asunto pasa a la fase contenciosa ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La originalidad de la normativa utilizada para transcribir el derecho europeo reside en el hecho de que no se incluye en la jerarquía de las normas. Dictada para aplicar el derecho comunitario, no es necesario que cumpla con la obligación de respetar los textos legales nacionales sino los comunitarios. Cuando el juez nacional tenga alguna duda sobre la interpretación del derecho comunitario o su validez, tiene la posibilidad de recurrir al procedimiento prejudicial previsto en el artículo 234 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea⁴³. Este mecanismo permite al Tribunal de Justicia de la Unión Europea tener un verdadero control sobre la aplicación del derecho comunitario e instaurar una interpretación uniforme del derecho comunitario vinculante para los Estados miembros. Si bien la adopción de medidas de cumplimiento del derecho comunitario resulta de la incumbencia exclusiva de los Estados miembros, vemos cómo su margen de actuación se encuentra aquí totalmente encuadrado.

Ahora bien, este encuadramiento del margen de actuación de los Estados miembros de la Unión Europea se aplica al procedimiento de integración del derecho comunitario en su ordenamiento interno, cualquiera que fuere la materia comunitaria de que se tratare. Esto significa que el margen de actuación global, o sea, ya no sólo desde la perspectiva procedimental sino también desde la perspectiva del derecho o contenido, puede variar según el tema concernido y verse más o menos amplificado. Una materia muy comunitarizada no tendrá la misma aplicación que una materia con simple cooperación gubernamental. Podemos pues cuestionarnos sobre el margen de actuación de los Estados – en particular España y Francia, objeto de nuestro estudio – en materia de derecho de asilo a la luz de los textos comunitarios de aplicación en estos países. Tal

⁴² Comunicación sobre la mejora del control de la aplicación del derecho comunitario, Bruselas 11.12.2002, COM (2002) 725 Final, p. 11.

⁴³ Artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE; c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

y como lo indican los títulos de las tres directivas europeas más relevantes en materia de asilo, a las cuales aludimos anteriormente, lo que se ha pretendido hasta ahora ha sido instaurar normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo, para definir criterios de otorgamiento de la condición de refugiado y para establecer procedimientos que permitieran conceder o retirar el *estatus* de refugiado. El margen de actuación para legislar sobre esta materia resulta pues sumamente amplio tal como lo reconoce la Comisión europea, al tratar de la Directiva de 2005 sobre los procedimientos de asilo, en el Libro Verde que presentó en junio de 2007: “La Directiva otorga un amplio margen de flexibilidad en numerosos apartados”⁴⁴. Más, no sólo constata este fenómeno sino que al comentar la aplicación de la directiva de 2003 sobre normas mínimas de acogida, subraya explícitamente su carácter contraproducente:

La garantía de un alto nivel de armonización de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo es crucial para evitar movimientos secundarios. No obstante, según la información ya disponible sobre la aplicación práctica de la Directiva 2003/9/CE del Consejo («Directiva normas mínimas de acogida»), el amplio margen de discreción que otorgan a los Estados miembros varias de las disposiciones clave de esta Directiva impide el efecto de armonización deseado⁴⁵.

Efectivamente, la instauración de una normativa europea mínima en materia de asilo tiene un efecto perverso que es el del mantenimiento de una amplia heterogeneidad de las situaciones nacionales puesto que, al imponer estándares mínimos, los Estados miembros pueden optar sea por aplicar a la letra lo mínimo exigido sea por adoptar soluciones más beneficiosas para los demandantes de asilo⁴⁶. Sobre esta base, la gama de realidades domésticas resulta extensa, entre el Estado que aplica de forma minimalista la normativa europea en su propio ordenamiento y el Estado que supera de forma muy significativa el contenido de dichas directivas. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea pudo sancionar la República de Austria en su sentencia de 26 de octubre de 2006⁴⁷ y la República Helénica en su sentencia de 19 de abril de 2007⁴⁸ por no haber respetado el mínimo requerido por la directiva de 2003 sobre acogida. Esta situación contrastada tiene por consecuencia una desigualdad en el tratamiento de los

⁴⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo (presentado por la Comisión)*, COM (2007) 301 final, Bruselas, 6 de junio de 2007, p. 3.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁶ Véase por ejemplo el artículo 4 de la Directiva 2003/9/CE sobre normas mínimas de acogida: “Los Estados miembros podrán establecer o mantener disposiciones más favorables en el ámbito de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo y de otros familiares cercanos del solicitante que estén presentes en el mismo Estado miembro, cuando dependan de él, o bien por motivos humanitarios, en la medida en que dichas disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de octubre de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas / República de Austria, Asunto C-102/06, DO C 96, de 22.04.2006.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 19 de abril de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas / República Helénica, Asunto C-72/06, DO C 74, de 25.3.2006.

solicitantes del derecho de asilo según el Estado al cual deberá someterse su solicitud a tenor del Reglamento de Dublín II.

Con la perspectiva de incluir de forma completa la normativa europea en materia de asilo al ordenamiento español, fue adoptada la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria a la cual ya aludimos en la primera parte de nuestro trabajo, texto que no representa una mera revisión de la norma vigente, sino un texto nuevo⁴⁹. Esta voluntad de integrar las normas comunitarias en la ley española está explícitamente expresada en la exposición de motivos: “La transposición de esta legislación de la Unión Europea supone la total acogida en nuestro ordenamiento de la denominada Primera Fase del Sistema Europeo Común de Asilo [...]”. Por ejemplo, se crea en el Título II un capítulo dedicado a las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional⁵⁰, presentado en la exposición de motivos como innovador y creador de una máxima protección jurídica para el demandante del derecho de asilo:

El Título contiene también un Capítulo que innova nuestro sistema de protección de derechos y libertades, al dotar de respaldo legal formal a las condiciones materiales de acogida de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional. De este modo, la Ley sanciona al máximo nivel jurídico la obligación de proporcionar servicios sociales y de acogida a las personas solicitantes en estado de necesidad⁵¹.

Ahora bien, cabe considerar estas aseveraciones con prudencia en la medida en que en los varios artículos que tratan del tema, se especifica que todas estas medidas serán determinadas por vía de reglamento. La puesta en práctica de la acogida, a tenor de esta nueva Ley y bajo el control del Ministerio de Trabajo e Inmigración, puede distar del principio enunciado en la norma legislativa.

En Francia, sobre la base de la normativa europea sobre acogida de los solicitantes de asilo, se ha ido elaborando, a partir del año 2006, un dispositivo basado sobre los centros de acogida y un subsidio temporal de espera. La creación de una nueva categoría de centros asistenciales – CADA⁵² – para los demandantes de asilo que se encuentren sobre el territorio francés de forma regular y cuya instrucción de la solicitud esté tramitándose, se hizo por ley de 24 de julio de 2006 sobre inmigración e integración⁵³

⁴⁹ La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado fue modificada sólo una vez por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

⁵⁰ Título II, Capítulo III de la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *op.cit.*

⁵¹ Ley 12/2009, *op.cit.*, p. 90862.

⁵² Centre d'Accueil pour Demandeurs d'Asile.

⁵³ Véase el artículo 95 de dicha ley, *Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration*, JORF 27 juillet 2006.

y fue concretada por dos decretos⁵⁴. Los demandantes de asilo a quienes la administración francesa no haya podido albergar en un CADA podrán beneficiarse de la ATA⁵⁵, es decir un subsidio temporal, durante todo el periodo de tramitación de su solicitud de asilo. El vínculo directo entre la creación de este mecanismo y la normativa europea está de nuevo explícitamente mencionado en la circular interministerial que reglamenta su funcionamiento: « Conformément à la directive CE du 27 janvier 2003, l'ATA est un revenu de subsistance versé aux demandeurs d'asile pendant toute la durée de la procédure d'instruction de leur demande »⁵⁶.

Es obvio, a través del estudio del caso concreto de la transposición de la directiva 2003/9/CE sobre normas mínimas de acogida en el ordenamiento español y en el ordenamiento francés, que los Estados miembros gozan de un gran margen de actuación en cuanto al contenido de la normativa nacional en materia de asilo tanto a nivel legislativo como reglamentario. Cada uno queda libre de interpretar con su realidad nacional el principio fundamental, pero bastante impreciso, de garantía a cada solicitante de asilo de un nivel de vida digno⁵⁷. Sobre la base de las críticas emitidas por la Comisión, en su informe de evaluación de la directiva de 2003 sobre acogida, ya se está tramitando su abrogación y la elaboración de una nueva norma europea con vistas a garantizar mejores condiciones de amparo, reduciendo el margen de actuación de los Estados miembros. También se pretende a través de esta reforma conseguir una mayor armonización de las normativas nacionales para evitar situaciones desiguales según el Estado competente para tramitar la solicitud⁵⁸. Esto representa un nuevo paso hacia la segunda etapa de comunitarización del derecho de asilo. El derecho de asilo ha pasado a ser durante estos últimos años una materia comunitaria en su esencia aunque todavía de aplicación ampliamente discrecional por parte de los Estados miembros. Se puede esperar un futuro encaminado hacia un derecho de asilo realmente común en el cual todos los solicitantes tengan los mismos derechos y que permita una minoración del margen de actuación de los Estados miembros así como del margen de discrecionalidad de sus administraciones y jurisdicciones. Este último punto puede considerarse como

⁵⁴ Décret n°2007-399 du 23 mars 2007 relatif aux centres d'accueil pour demandeurs d'asile, aux dispositions financières applicables aux établissements et services sociaux et médico-sociaux, et modifiant le code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire), JORF du 24 mars 2007; Décret n°2007-1300 du 31 août 2007 relatif aux conventions conclues entre les centres d'accueil pour demandeurs d'asile et l'Etat et aux relations avec les usagers, modifiant le code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire), JORF du 2 septembre 2007.

⁵⁵ Allocation Temporaire d'Attente. Su importe es de 10,54 euros por día desde el 1 de enero de 2009. Décret n°2006-1380 du 13 novembre 2006 relatif à l'allocation temporaire d'attente et modifiant le code du travail et le code de l'action sociale et des familles, JORF du 15 novembre 2006.

⁵⁶ Circulaire interministérielle n°DPMA/ACI3/2006/495 du 24 novembre 2006 relative à l'allocation temporaire d'attente, NOR : INT/D/06/00113/C.

⁵⁷ Séptimo « considerando » de la Directiva 2003/9/CE, *op.cit.*

⁵⁸ Parlement européen, *Asile : normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile (abrogative directive 2003/9/CE)*, COD/2008/0244.

el más problemático en la medida en que cada solicitud de asilo corresponde a un caso peculiar y a una situación sumamente difícil y aleatoria a nivel factual, dificultando la aportación de la prueba de los hechos alegados. Resulta pues imposible legislar catalogando las situaciones precisas que deberían haber padecido los demandantes. Sea cual fuera el grado de comunitarización del derecho de asilo venidero, la valoración de los hechos deberá siempre valorarse desde una aproximación estrictamente individualizada. Este planteamiento deja al margen de apreciación o de discrecionalidad un hermoso porvenir.

