

## ASILO Y REFUGIO ¿ABUSO TERMINOLÓGICO O NECESIDAD HUMANITARIA? EL DILEMA DE LAS MIGRACIONES A ESPAÑA<sup>1</sup>

ASYLUM AND REFUGE TERMINOLOGICAL ABUSE OR HUMANITARIAN NEED?  
THE DILEMMA OF MIGRATION TO SPAIN

*Amalia Patricia Cobos Campos (\*)*

**Resumen:** El presente trabajo examina las constantes migraciones a España y sus repercusiones tanto hacia el propio estado español como para los migrantes, quienes buscan ingresar a cualquier coste a este país europeo que les ofrece la posibilidad de una vida digna a la que no pueden aspirar en sus países de origen. La investigación parte de la hipótesis de que ante el hastío por el exceso de migraciones se gestan conductas que distan mucho de ser humanitarias, pero que se ven justificadas por la autodeterminación migratoria. La metodología empleada se centra en la hermenéutica y la epistemología jurídicas, utilizando como técnica la revisión de literatura especializada, legislación y jurisprudencia que sustentan la validez de la hipótesis.

**Palabras Clave:** Asilo - Refugio- Migraciones – España

**Abstract:** This paper examines the constant migrations to Spain and their repercussions both towards the Spanish state itself and for migrants, who seek to enter at any cost to this European country that offers them the possibility of a dignified life to which they cannot aspire in their countries of origin. The research is based on the hypothesis that in the face of boredom due to the excess of migrations, behaviors are developed that are far from being humanitarian, but that are justified by migratory self-determination. The methodology used focuses on legal hermeneutics and epistemology, using as a technique the review of specialized literature, legislation and jurisprudence that support the validity of the hypothesis.

**Key Words:** Asylum - Refuge - Migration - Spain

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 13 de junio de 2022 y aprobado para su publicación el 8 de noviembre de 2022.

El artículo es producto de la estancia de investigación realizada por la investigadora en la Universidad de Sevilla, España bajo la supervisión de la Dra. María del Pilar Martín Ríos.

\* Doctora en Derecho con mención cum laude, miembro del Sistema Nacional de Investigadores en México Nivel I, profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, México, correo electrónico [pcobos@uach.mx](mailto:pcobos@uach.mx)

## 1. Introducción

Ante la imparable migración hacia Europa que en el día a día gesta desgarradoras pérdidas humanas, los estados asumen diversas posturas que emergen desde lo que se considera su autonomía migratoria y que, les permite establecer los requisitos de ingreso y decidir libremente sobre la admisión o no de los migrantes. Acorde con los datos del ACNUR, el número de desplazados en el mundo de manera forzada a consecuencia de guerras y otros conflictos armados, violaciones a los derechos humanos, persecuciones o acontecimientos que perturban de manera grave al orden público ascendió en 2020 a 82.4 millones de personas<sup>2</sup>.

Las cifras del 2021 según ACNUR se incrementan, de tal suerte que ante los conflictos y la violencia exacerbados en el mundo en la primera mitad de 2021, casi 51 millones de personas habían sido separadas de sus lugares de origen obligadas por la situación circundante; de estas cifras, encontramos una gran mayoría del desplazamiento se realiza de manera interna, esto se deriva de la “mortífera combinación entre conflicto, pandemia, pobreza, inseguridad alimentaria y emergencia climática”<sup>3</sup>, condiciones que han agravado la condición en la que se encuentran las personas desplazadas, que en su gran mayoría obtienen apoyo en regiones en vías de desarrollo<sup>4</sup>.

España no es la excepción en esta migración masiva, vista su cercanía con los países que por su situación beligerante, su extrema pobreza o una inestabilidad política bajo regímenes represores, son indudablemente el génesis de las actuales migraciones imparable y que devienen en masivas, por lo que el país se ve avasallado por la gran cantidad de ingresos ilegales no exentos de dilemas humanitarios.

## 2. El Estado Español frente a la migración

---

<sup>2</sup> ACNUR, Tendencias globales, desplazamiento forzado en 2020, disponible en <https://www.acnur.org/stats/globaltrends/60cbddfd4/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2020.html>, consultada el 14 de febrero de 2022.

<sup>3</sup> ACNUR, 11 de noviembre de 2021, “ACNUR: Cifras de desplazamiento aumentaron en la primera mitad de 2021 por conflictos, violencia y cambio climático”, disponible <https://www.acnur.org/noticias/press/2021/11/618bfc2c4/acnur-cifras-de-desplazamiento-aumentaron-en-la-primera-mitad-de-2021-por.html>, consultada el 14 de febrero de 2022.

<sup>4</sup> Ídem.

En este apartado examinaremos no solo la regulación vigente en el país en estudio relativa a las cuestiones migratorias, partiendo del marco constitucional relacionándolo con la legislación secundaria que impacta en nuestro análisis, sino también los criterios jurisprudenciales y las realidades de facto.

La Constitución española<sup>5</sup>, en su capítulo I artículo trece establece las diferencias entre españoles y extranjeros, así determina que:

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.  
[...].
4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

El texto constitucional remite a la legislación ordinaria que en este caso sería la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*<sup>6</sup>, la ley determina por exclusión que serán extranjeros los que no detenten la nacionalidad española.

Asimismo prevé la facultad expresa del gobierno para la “definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración”<sup>7</sup>, el precepto en cuestión no alude al Estado Español sino al gobierno, lo cual no es de menor importancia, habida cuenta de que el Estado posee una amplitud de facultades no inherentes al gobierno, intentaremos clarificar ambos conceptos para mayor nitidez de nuestro estudio; así el estado, acorde con una visión formalista del mismo será -nos dice Calduch<sup>8</sup>-, “una entidad jurídica, política y social dotada de personalidad propia, independiente, neutral y desprovista de historicidad”, mientras que, para los tratadistas afines al derecho natural el Estado aparece como “una realidad dotada de personalidad jurídica, con evidente y ficticia equiparación con la capacidad jurídica atribuida por el ordenamiento estatal a las personas físicas, principales destinatarios de ese Derecho Natural”<sup>9</sup>, concluye el precitado autor que a su juicio el Estado puede conceptuarse

---

<sup>5</sup> Constitución Española, aprobada por las cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>, consultada el 6 de febrero de 2022.

<sup>6</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000, Referencia: BOE-A-2000-544, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-544-consolidado.pdf>, consultada el 6 de febrero de 2022.

<sup>7</sup> Ibid., Artículo 2 bis fracción I.

<sup>8</sup> CALDUCH Cervera, Rafael, *Relaciones Internacionales*, Ediciones Ciencias Sociales. Madrid, 1991. Disponible en: <https://www.ucm.es/rrii-e-historia-global/libro-relaciones-internacionales>, consultada el 7 de febrero de 2022.

<sup>9</sup> Ídem.

como “toda comunidad humana establecida sobre un territorio y con capacidad para desarrollar sus funciones políticas y económicas, mediante la generación y organización de relaciones simultáneas de poder y de solidaridad que institucionaliza en su interior y proyecta hacia el exterior”.

En un afán de distinguir ambos conceptos Rubio Correa<sup>10</sup> nos dice que, aún en las sociedades primitivas encontramos formas de gobierno más no así estado, cuando menos en el sentido de nuestra concepción coetánea del mismo, en el que existen principios inamovibles que trascienden al tiempo.

Bidart Campos<sup>11</sup> afirma que “[e]l gobierno es siempre minoritario y no puede haber identidad de gobernantes y gobernados, porque gobernar no es una tarea accesible a la multitud, ni por la mayoría. Quienes doctrinariamente postulan esa afirmación acuden a ficciones –por ejemplo la representación– para salvar la teoría frente a una realidad diferente”.

La clasificación tradicional de los elementos del estado, inserta inequívocamente al gobierno como uno de los elementos del estado, por lo que una diferenciación simplista se basará en que el segundo es una parte del primero.

Sin embargo es disruptora de esas concepciones la redacción del artículo 97 constitucional que determina “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

Acorde a la redacción constitucional pareciera existir una equiparación del término gobierno con el poder ejecutivo<sup>12</sup>, bajo el presupuesto de que al definir al gobierno nos encontramos con los sesgos de la disciplina que pretende realizar dicha tarea, desde el ámbito de la ciencia política, encontramos que es utilizado como sinónimo de sistema político, pero también alude a la función que algunos de los poderes públicos desempeñan, derivando finalmente en su equivalencia con uno de los principales órganos del estado.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> RUBIO Correa, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Colección de Textos jurídicos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993 citado por GARCÍA Toma, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Adrus, Arequipa, Perú, 2010. p. 51.

<sup>11</sup> BIDART Campos, *Derecho constitucional*. Ediar, Buenos Aires, 1968 citado por GARCÍA Toma, Víctor, *Óp. Cit.*, p. 124.

<sup>12</sup> LÓPEZ Garrido, Diego, MASSÓ Garrote, Marcos Francisco y PEGORARO, Lucio, *Nuevo Derecho Constitucional comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 299,

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 300.

Recordemos que en párrafos anteriores aludimos a la visión formalista del estado, que enarbola Kelsen -entre los que más destacan- al considerar que es una ordenación normativa de la conducta humana, de donde inferimos que utiliza al estado como sinónimo del ordenamiento jurídico mismo.<sup>14</sup> Como sabemos son muchos los juristas que difieren de tal postura mencionaremos únicamente a Jellinek, para quién el estado se integra por “una variedad de hechos que se desenvuelven en el tiempo y en el espacio[...] que se producen en el seno de una comunidad humana que vive sobre un territorio unida en torno a unos fines a modo de asociación que cuenta con un *imperium*” evidentemente regulado por el derecho.<sup>15</sup>

De lo antelado y en obvio de evitar digresiones ajenas al objetivo de nuestro estudio, concluimos parafraseando a Alzaga y Álvarez<sup>16</sup> que el poder entendido como gobierno es consustancial al estado y se traduce en la capacidad que este tiene para transformar su territorio, su población y las interrelaciones jurídicas que genera en una fuerza jurídica aglutinante mediante el ejercicio del poder; y a mayor abundamiento invocan al Tribunal Constitucional Español que ha determinado la complejidad del estado, integrado por una pluralidad de órganos<sup>17</sup>.

Así toda vez que la propia constitución española determina el régimen de gobierno como una monarquía parlamentaria, estaremos frente a un ejercicio dual del poder ejecutivo al que aluden López, Massó y Pegoraro, entendiendo que la función del gobierno se encamina hacia la directriz de la acción política diseñando y programando esta.<sup>18</sup>

Derivado de lo expuesto, se fijan las políticas migratorias, pero la mencionada ley 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ciñe tales políticas a los principios que emanen de la Unión Europea, pero también a sus requerimientos de empleo, igualdad entre hombres y mujeres, y no discriminación; sin embargo, este último supuesto de no discriminación, lo condiciona a una estancia legal por lo que no alcanza a quienes ingresan en forma irregular a dicho país. Empero, invoca la solidaridad en el mismo artículo 2 *bis*, en su párrafo tercero el cual se aplicará discrecionalmente tomando en consideración “las especiales circunstancias de aquellos territorios en los que los flujos migratorios tengan una especial incidencia”, que es

---

<sup>14</sup> ALZAGA Villamil, Oscar Y ÁLVAREZ Rodríguez Ignacio, *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, Marcial Pons, t. I, 7ª. Ed., 2021, p. 61.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>18</sup> LÓPEZ Garrido, Diego, MASSÓ Garrote, Marcos Francisco y PRGORARO, Lucio, *Óp. Cit.*, p. 324.

el caso que nos ocupa. Al respecto la regulación en comento apuesta al diálogo y a la búsqueda de acuerdo migratorios, que como sabemos no frenan la migración ni ayudan a su control o regularización.

Las cifras que el propio Ministerio del Interior Español refleja no son nada baladíes, en 2020 se estima que ingresaron a dicho país de manera irregular 33,431 personas y en el 2021 esta cifra se incrementó pese a las restricciones de la pandemia a 35, 907, datos que consideran que casi el 50% de ellos alude a migración que ingresa por vía marítima<sup>19</sup>.

Es evidente que a estas cifras habría que sumar todos aquellos que ingresan en calidad de turistas y permanecen en el país sin regularizar su situación migratoria, cifras que resulta complejo estimar, pero que incrementan a las ya apuntadas creando importantes repercusiones no solo jurídicas sino también socioeconómicas.

Sin embargo, en el claro oscuro de las cifras podemos también apreciar que la población española en el 2021 se redujo drásticamente 29.643 personas, según el INE<sup>20</sup>; encontramos en lo que a población marroquí se refiere un saldo negativo en el primer semestre de 2021 de 8.113. La población residente en España disminuyó en 72.007 personas en la primera mitad de 2021 y se situó en 47.326.687 habitantes a 1 de julio de 2021. Es la primera vez que se reduce desde 2016 según las estadísticas del referido instituto.

¿Cuál es entonces la realidad migratoria actual?, para responder esta pregunta debemos visualizar un panorama que no se centra únicamente en entradas, salidas, vivos, muertos y deportados, porque España al igual que otros países europeos ve disminuir su población económicamente activa de manera irremisible, de tal suerte que algunas miradas se vuelven hacia esos migrantes irregulares como esperanza, pero ¿son realmente una solución?

Tal vez nuestra primera imagen al respecto pudiera ser una de esas embarcaciones frágiles en las que pareciera inconcebible pensar que nos puedan transportar a parte alguna, pero que los medios masivos de comunicación muestran reiteradamente arribando a costas españolas, con una carga humana muy superior a su capacidad, dónde en ocasiones lo único que se rescata son cadáveres y ante este dramático y frecuente panorama, cualquiera se

---

<sup>19</sup> Ministerio del Interior, Inmigración irregular 2021, disponible en [http://www.interior.gob.es/documents/10180/12745481/21\\_informe\\_quincenal\\_acumulado\\_01-01\\_al\\_14-11-2021.pdf/5eb2142f-e111-42ea-9bf0-f98db9ea6ba2](http://www.interior.gob.es/documents/10180/12745481/21_informe_quincenal_acumulado_01-01_al_14-11-2021.pdf/5eb2142f-e111-42ea-9bf0-f98db9ea6ba2), consultada el 10 de febrero de 2022.

<sup>20</sup> INE, Cifras de Población (CP) a 1 de julio de 2021, Estadística de Migraciones (EM). Primer semestre de 2021, datos provisionales, disponible en [https://www.ine.es/prensa/cp\\_j2021\\_p.pdf](https://www.ine.es/prensa/cp_j2021_p.pdf), consultada el 10 de febrero de 2022.

pregunta cuál es el nivel de desesperación de esas personas que arriesgándolo todo tratan de llegar a España en busca de nuevos horizontes, motivaciones que no pueden pasar desapercibidas en nuestro análisis jurídico, dado que atañen a derechos humanos vulnerados de manera inconcusa y, sin perder de vista que según cifras de la Comisión Española de ayuda a refugiados, “40.106 personas se tuvieron que jugar la vida en el mar para alcanzar costas españolas. más de la mitad de ellas, lo hicieron a través de la peligrosa ruta atlántica”.<sup>21</sup>

En cuanto a los compromisos internacionales vemos que en 2021 el Gobierno español ha aprobado las *Directrices Generales de la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030*, pero en este camino pletórico de buenas intenciones, la inmigración irregular sigue jugando un descolorido papel protagónico y de nueva cuenta son las cifras las que nos enfrentan a una realidad irrefutable, ya que en 2020, de 114,919 solicitudes de protección internacional, 68,435 fueron desfavorables, se concedió el estatus de refugiados a 4,360 y se concedieron 40,726 permisos de residencia por razones humanitarias; en cuanto a las solicitudes presentadas por apátridas en su gran mayoría fueron concedidas<sup>22</sup>.

Si tomamos en consideración que España es el tercer país Europeo receptor de inmigraciones de esta índole, solo superado por Francia y Alemania, veremos las dimensiones del problema que no puede ni debe atenderse solo como una cuestión de requerimientos laborales.

Tampoco es dable a discrecionalidad restringir la libre circulación a quien ha presentado su solicitud de protección internacional al gobierno español, así lo ha percibido el Tribunal Supremo Español<sup>23</sup>, verbigracia en la resolución del recurso de Casación 4893/2019 al resolver bajo el rubro “Extranjería. solicitud de protección internacional desde Ceuta. documentación justificativa de la condición de solicitante en la que se incluye la inscripción 'válido solo para Ceuta'. improcedencia de la inscripción, que no se justifica por el derecho interno ni la normativa europea ni Convenio Schengen”, donde el Supremo determina que,

---

<sup>21</sup> Disponible en <https://www.cear.es/informe-cear-2021/> , consultada el 10 de febrero de 2022.

<sup>22</sup> Disponible en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/07/02.-ASILO-ESPANA.pdf>, consultada el 10 de febrero de 2022.

<sup>23</sup> STS 2497/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2497, Recurso de Casación : 4893/2019. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia No. 128/2020, Fecha de sentencia: 29/07/2020, disponible en [https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/47431\\_fa66f\\_288\\_cbe/20200804](https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/47431_fa66f_288_cbe/20200804) consultada el 10 de febrero de 2022.

[...] ha de entenderse que la admisión a trámite de la solicitud de protección internacional supone para el solicitante la autorización, aunque sea con carácter provisional, para la permanencia en territorio español (expresamente se indica, incluso, en los supuestos de no admisión en plazo, en los arts. 20.2 y 21.5), sin distinción de lugar o limitación a una parte del territorio nacional, pudiendo obtener autorización para trabajar. Igualmente durante dicha estancia no podrá ser objeto de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición, de manera que, salvo que se adopten las medidas cautelares limitativas que se establecen en la misma Ley, la admisión a trámite de la solicitud permite al interesado la permanencia en cualquier lugar del territorio nacional sin más exigencia que la de informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca al respecto.<sup>24</sup>

En resoluciones anteriores el Tribunal Supremo ha hilvanado algunos precedentes que aminoran la precariedad jurídica de los inmigrantes que buscan refugio o asilo, así verbigracia al establecerse en la ley de la materia la posibilidad de multa o expulsión en la inmigración irregular, el Tribunal determinó la debida motivación a efecto de establecer los razonamientos de proporcionalidad apreciadas por la Administración para imponer la sanción más grave de expulsión y no la multa<sup>25</sup>.

La llamada directiva de retorno o DR, 2008/115 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16.12.2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>26</sup> colisiona con la normatividad actual como atinadamente apuntan los artículos doctrinarios que empiezan a ahondar sobre el tema<sup>27</sup>, ello derivado del hecho de haber sido dilucidado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como incompatible con la Directiva de Retorno el precitado régimen sancionador español de la estancia irregular de extranjeros, que -como ya dijimos- prevé como alternativa inmediata la multa o la expulsión. González

<sup>24</sup> Ibid., fundamentos de derecho, parágrafo tercero.

<sup>25</sup> Véase: GONZÁLEZ Saquero, Pablo, “La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la directiva “retorno” (SENTENCIA del Tribunal de Justicia, ASUNTO C-38/14, Zaizoune)”, *Revista Española de Derecho Europeo* No. 55 Julio – Septiembre 2015, pp. 133 – 158. Disponible en [http://revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerecho\\_europeo/article/view/216-regulacion-expulsion-administrativa-estancia-irregular-espan/227](http://revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerecho_europeo/article/view/216-regulacion-expulsion-administrativa-estancia-irregular-espan/227), consultada el 10 de febrero de 2022.

<sup>26</sup> DOL 348/98, de 24.12.2008

<sup>27</sup> Véase: CREGO Díaz, María, “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)”. Anuario CIDOB de la Inmigración, 2013, p. 253-300; TRIBIÑO Tolosa, César. “Comentario a la STC 145/2011: una nueva visión de la motivación en materia sancionadora”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2012, No. 29, pp. 195-208 y MONTERO Cartes, Cristian Ismael. “Configuración por el Tribunal Constitucional Español del Derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de las sanciones administrativas”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2021, vol. 71, No. 281-2, pp. 615-646 entre otros.



Saquero<sup>28</sup> afirma que el tribunal considera que la regulación en comento “pone en peligro el efecto útil de la Directiva y la consecución de sus objetivos, al establecer procedimientos comunes para la rápida expulsión de los inmigrantes irregulares del territorio de la Unión Europea”<sup>29</sup>.

Así los procedimientos administrativos distan de presentar visos de soluciones adecuadas a la problemática vigente, por lo que parece que dicha labor será realizada en forma paulatina por el Tribunal Supremo, pese a que son muy exiguos los casos sometidos a su jurisdicción.

Entre este tipo de soluciones encontramos verbigracia, la expulsión recurrida por el afectado en donde se evidenció la vulneración del derecho a una defensa adecuada, revocando la expulsión y la prohibición de entrada de 10 años resueltas en el procedimiento administrativo que da origen al amparo esgrimido<sup>30</sup>.

A este paso seguramente estamos muy lejos de construir soluciones humanitarias a los problemas de la migración masiva que pervive en Europa como algo que no por cotidiano es menos vulneratorio de la dignidad humana.

### 3. El asilo y sus particularidades

Para examinar las figuras jurídicas a las que aludimos, es menester clarificar la concepción de estas, de entrada, el derecho de asilo posee ciertas particularidades intrínsecas como el debate de la titularidad del derecho en cuestión y, si es que puede visualizarse como tal.

Resulta palmario que a diferencia de otros derechos humanos el preterido no puede ser enarbolado como un derecho *per se* en todo caso podríamos visualizarlo como un mecanismo que permite salvaguardar derechos como la vida, la libertad e incluso a una vida digna, la doctrina se decanta por determinar que se trata del derecho a solicitar el asilo, más no existe en contrapartida un sujeto obligado a concederlo, debemos igualmente hacer hincapié en que usualmente quién lo solicita no es quien ha intervenido en la suscripción de acuerdos como lo reitera Gómez-Robledo<sup>31</sup>, puesto que los mismos se gestan entre estados; así entenderemos como asilo,

<sup>28</sup> GONZÁLEZ Saquero, Pablo, Óp. Cit.

<sup>29</sup> Ídem.

<sup>30</sup> Ibídem.

<sup>31</sup> GÓMEZ-Robledo, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México 2003, 4ª Ed., p.

[...]la protección que encuentra una persona, objeto de persecuciones por parte de las autoridades de un Estado, en aquellas hipótesis en que dichas persecuciones se enfrentan ante la prohibición de su persecución dentro de ciertos espacios competentes de la autoridad de otro Estado, sin que éste tenga la obligación de facilitar su continuación entregando al refugiado a las autoridades del Estado que pretende ejercer tal persecución<sup>32</sup>.

Una concepción más concreta la define como “*la protection qu'un Etat accorde sur son territoire do dans un endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la chercher*”<sup>33</sup>.

Pese a estas concepciones de inicio respecto al asilo, el constitucionalismo contemporáneo va gestando una nueva visión del mismo, mediante la inserción en los textos constitucionales del llamado derecho de asilo, el cual así plasmado genera indudablemente la posibilidad de exigencia al Estado, más como atinadamente aclara Gómez Robledo<sup>34</sup>,

[...]“derecho de asilo”<sup>35</sup>, en general, se ha entendido tradicionalmente como una facultad jurídica soberana de conceder refugio a individuos perseguidos, condicionándose su ejercicio a una casi absoluta discrecionalidad por parte de los Estados, últimamente, sin embargo, se ha venido hablando de un “derecho de asilo”<sup>36</sup> para el individuo, el cual ha sido de hecho consagrado en buen número de países a través de dispositivos e instrumentos constitucionales, pero sin podérsela predicar hasta ahora un “principio general de derecho” en sentido internacional.

En este sentido Díez de Velasco nos dice que el derecho de asilo puede vislumbrarse como “la protección que un estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos amenazas o persecuciones de las autoridades de otro estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades”.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Dictionnaire de la terminologie du droit international / publicado bajo el auspicio de la Unión Académica Internacional, Sirey, París, 1960, voz: asilo, p. 63. Citado por GÓMEZ-Robledo, Alonso, Óp. Cit., p. 616.

<sup>33</sup> AAVV, Instituciones del Derecho Internacional, *Anuario de Derecho Internacional*, 1950, No. 43, v. II, p. 45.

<sup>34</sup> GÓMEZ-Robledo, Alonso, Óp. Cit., p. 617.

<sup>35</sup> Comillas en el original

<sup>36</sup> Ídem.

<sup>37</sup> DÍEZ de Velasco, Manuel, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Tecnos, 17ª Ed., Madrid 2009, p. 626.

Resulta asimismo relevante diferenciar el asilo territorial del diplomático o extraterritorial, ya que para nuestro análisis el que resulta relevante es el primero mencionado, el cual, según el autor en estudio, se caracteriza por ser “aquella protección que un estado presta en su territorio al acoger en el mismo a determinadas personas que llegan a él perseguidas por motivos políticos y cuya vida o libertad se encuentren en peligro en el estado de procedencia”<sup>38</sup>, coincidiendo con lo ya apuntado de que el asilo no es en realidad un derecho del solicitante sino una concesión graciosa que le da el estado asilante en ejercicio de su derecho de soberanía, aunque también al igual que Gómez-Robledo alude a la tendencia actual de ubicarlo en el contexto de los derechos humanos<sup>39</sup>.

En España la regulación relativa al asilo está contenida en la norma fundamental en el apartado cuarto del artículo 13<sup>40</sup> y en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria<sup>41</sup>, pero no se trata de la consagración de este como un derecho sino únicamente de la mención acerca de la posibilidad de concederlo en los términos que la propia ley interna prevea.

La ley de la materia determina en su artículo segundo que 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”.

Y, en el artículo tercero subsecuente establece a quien se reconoce con calidad de refugiado, otorgando dicho carácter 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 [...], 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, [...] no puede o, [...], no quiere regresar a él, y no esté incurso en

---

<sup>38</sup> Ibid., p. 627

<sup>39</sup> Ídem.

<sup>40</sup> Constitución Española, Óp. Cit.

<sup>41</sup> Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE No. 263 del 31 de octubre de 2009, texto consolidado, última reforma el 29 de dic. 2021, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2009/BOE-A-2009-17242-consolidado.pdf> consultada el 13 de febrero de 2022.

alguna de las causas de exclusión del artículo 8<sup>42</sup> o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.

El contenido de estos numerales resulta de interés en nuestro estudio, así el numeral 8 de la ley en comento determina como excluidos de la tutela de la ley a

a) las personas que cuenten con protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, si esta protección o asistencia cesa, sin que su situación se haya solucionado tendrán de inmediato, derecho a los beneficios del asilo regulado en la Ley;

b) las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia les hayan reconocido los derechos y obligaciones que son inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país, o derechos y obligaciones equivalentes a ellos.

2. También quedarán excluidas las personas extranjeras sobre las que existan motivos fundados para considerar que:

a) han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales que establecen disposiciones relativas a tales delitos;

b) han cometido fuera del país de refugio antes de ser admitidas como refugiadas un delito grave,

c) son culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

3. El apartado segundo se aplicará a las personas que inciten a la comisión de los delitos o actos mencionados en él, o bien participen en su comisión

Las exclusiones de derivan esencialmente de contar con otro medio de protección o haber cometido delitos del orden común sea como autor o copartícipe del tipo penal en cuestión, es evidente que no se incluyen los delitos que son imputados por la misma situación de persecución a que se ve sujeto el solicitante en su país de origen o residencia.

El artículo 9 por su parte determina las causas de denegación de asilo, encuadrando en dicho supuesto dos condicionantes a saber,

a) las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España

b) las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad.

---

<sup>42</sup> Ídem.

Llama la atención la diversa redacción de ambos supuestos, ya que en el primero de ellos, se aduce a la seguridad de España y en el segundo a la comunidad; en vista de ello estimamos necesario dilucidar el alcance de ambas acepciones de amenaza.

En sentido amplio podemos entender la amenaza como “un peligro latente que representa la probable manifestación dentro de un período de tiempo de un fenómeno de origen natural, tecnológico o provocado por el hombre, que puede producir efectos adversos en las personas, los bienes y servicios y en el ambiente”.<sup>43</sup>

La amenaza a la seguridad de un estado, ha sido siempre un factor de preocupación para estos, hemos elegido para nuestro análisis el que a su vez realiza Vergara Ibarra<sup>44</sup> que define como amenaza “ al acto generado por el poder de otro Estado, o por actores no estatales, que puede vulnerar de modo particularmente grave las aspiraciones, intereses y objetivos nacionales del Estado”. La página web de la Cámara de Diputados en México define la seguridad nacional como “condición necesaria que proporciona el Estado para garantizar la prevalencia de su integridad territorial, independencia, soberanía, estado de derecho, su estabilidad política, social y económica y la consecución de sus Objetivos Nacionales”.

La Dirección de Seguridad Nacional de España<sup>45</sup>, examina el concepto y como primera amenaza considera los conflictos armados con particular referencia a los híbridos, entendiendo como tales a aquellos “que incorporan operaciones de información, subversión, presión económica y financiera junto a acciones militares. Estas acciones, perpetradas tanto por actores estatales como no-estatales, tienen por objeto la movilización de la opinión y la desestabilización política”, como vemos se incluyen ya en este sentido, no solo coacciones de orden físico sino también las que se perpetran en contra de la estabilidad de orden económico o, que tiende a modificar y, en su caso, soliviantar la opinión pública desestabilizando al propio estado donde emergen y que, usualmente se conocen como ciberataques, por ser estos medios los utilizados para ello. Estas amenazas van muy de la mano con el terrorismo y la vulnerabilidad del ciber espacio que furtivamente facilitan su

---

<sup>43</sup> CARDONA Arboleda, Oscar Darío, “Estimación holística del riesgo sísmico utilizando sistemas dinámicos Complejos”, Universitat Politècnica de Catalunya, 2001, Barcelona: tesis doctoral, disponible en [https://www.ipcc.ch/apps/nj-lite/srex/nj-lite\\_download.php?id=6473](https://www.ipcc.ch/apps/nj-lite/srex/nj-lite_download.php?id=6473), consultada el 13 de febrero de 2022.

<sup>44</sup> VERGARA Ibarra, José Luis, *La seguridad Nacional en México. Hacia una visión integradora*, Siglo XXI Ed., México, 2018, p.

<sup>45</sup> [https://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/ESN2017\\_capitulo\\_4.pdf](https://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/ESN2017_capitulo_4.pdf) consultada el 14 de febrero de 2022.

comisión. Se habla igualmente de crimen organizado, armas de destrucción masiva y las epidemias y pandemias.

Las principales amenazas se regulan en las respectivas legislaciones en España la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional<sup>46</sup>, normativa que en su exposición de motivos define la Seguridad Nacional como “la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en cumplimiento de los compromisos asumidos”<sup>47</sup>, definición que reitera en el artículo tercero.

Es claro que ningún estado será proclive a conceder asilo a quienes palmariamente son una amenaza para su seguridad, la duda surge en el segundo supuesto cuando se habla de amenaza a la comunidad, porque cabe preguntarse ¿a quienes engloba el legislador?

En principio se trata de una persona que fue sujeta a un procedimiento penal previo, condenada por un determinado delito, cuyos alcances no se precisan, pero que además sea una amenaza a la comunidad, ¿cuál comunidad?

Si atendemos a su sentido etimológico el vocablo comunidad proviene del griego griego *κοινότης koinótēs* y del latín *omnis* (en latín arcaico *commonis*) es palabra compuesta de *com* + *munis* que significa corresponsable, cooperante, que colabora a realizar una tarea, *munis*, *mune* significa en latín servicial, cumplidor de su deber; en resumen podemos decir que *communitas* era, “la agrupación de personas vinculadas entre sí por el cumplimiento de obligaciones comunes y recíprocas”<sup>48</sup>, pero su polisemia nos lleva desde concebirlo de la forma antes enunciada a concebirlo como “conjunto de personas de un barrio, villa, pueblo, ciudad, región o país” hasta “conjunto de naciones unidas por símbolos, políticas o identidades comunes”. Es evidente que la vaguedad no abona en mucho al alcance terminológico de la denegación del asilo.

---

<sup>46</sup> Jefatura del Estado, Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. BOE No. 233, de 29 de septiembre de 2015, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10389-consolidado.pdf>, consultada el 14 de febrero de 2022.

<sup>47</sup> Ídem.

<sup>48</sup> COROMINAS, Joan: Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, Gredos, 3ª Ed., Madrid, 1987, Diccionario de la lengua española, disponible en <https://dle.rae.es/comunidad?m=form> y Diccionario Panhispánico del español jurídico, disponible en <https://dpej.rae.es/lema/comunidad>, e <http://www.hispanoteca.eu/> consultados el 17 de febrero de 2022.

Pareciera germinar un prejuicio hacia aquellos que detenten antecedentes penales, por lo que la terminología subjetiva y ambigua utilizada se presta a la discrecionalidad en cuanto a lo que podría considerarse como amenaza a la comunidad.

#### 4. El refugiado y sus connotaciones

De la ley examinada en el apartado anterior pareciera derivarse que para esta el asilo es la figura jurídica y el refugiado el beneficiario de esta.

La doctrina ha diferenciado ambas figuras, ya que considera que el surgimiento de la figura del asilado y del refugiado, viven en momentos históricos diferentes, el poder legislador en el refugio, es de carácter internacional en cambio en el asilo, es de índole nacional, de tal manera que el refugio puede considerarse hasta cierto punto obligatorio mientras que el asilo es potestativo y finalmente pero no menos importante, el refugio puede ser masivo y el asilo individual.<sup>49</sup>

Coincide en esta postura Díez de Velasco<sup>50</sup> al afirmar que el concepto de refugiado es una categoría autónoma que ha de diferenciarse del asilo territorial, y cuya consolidación se gesta en las postrimerías de la segunda guerra mundial derivado de la emergencia humanitaria que esta provocó; Rubio Correa<sup>51</sup> abunda al respecto y nos dice que realmente este concepto se forma de manera incipiente durante la primera guerra mundial, pero es hasta el final de la segunda cuando se aplica a las víctimas de los regímenes nazis, a los republicanos españoles y a las personas consideradas como refugiados antes de la segunda guerra mundial,

Es obligada en este apartado la mención de la Convención sobre el estatuto de los refugiados<sup>52</sup> en cuyo artículo primero, considera como refugiados a las personas que se ubican en los siguientes supuestos:

---

<sup>49</sup> Instituciones del Derecho Internacional, Óp. Cit., pp. 55 y 104.

<sup>50</sup> Díez de Velasco, Manuel, Óp. Cit, p. 629.

<sup>51</sup> RUBIO Correa, Patricio, “El concepto de refugiado de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951: Tratamiento, normativa y realidad”. *Agenda Internacional*, vol. 6, No. 12, 1999, pp. 137-148, Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6302568.pdf>, y <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7217>, consultadas el 15 de febrero de 2022.

<sup>52</sup> CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43, disponible en <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>, consultada el 15 de febrero de 2022.

- 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados
- 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y 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.

Cabe hacer notar que la calidad de refugiado se encuentra taxativamente delimitada y, como bien dice Díez de Velasco, no gesta obligaciones a cargo del estado por el hecho de reconocer a la persona esa calidad -a diferencia del asilo- ya que este no se encuentra obligado a otorgar verbigracia, un permiso de residencia y de trabajo al refugiado en su territorio, en todo caso, podríamos concluir que lo que conlleva es únicamente “un derecho de garantía básico que se identifica con el principio de no devolución a aquel estado en que sufren o temen sufrir persecución, pero ello no impide su expulsión o devolución hacia otro estado considerado seguro”.<sup>53</sup>

Hemos examinado las diferencias que presentan el asilo y el refugio como figuras jurídicas disímbolas, consideramos pertinente de igual forma examinar las similitudes que las interrelacionan, en principio es importante resaltar que en ambas categorías se presupone la existencia de una previa persecución política basada en la ideología o creencias. Coincidimos que el concepto ha evolucionado como afirma Mariño<sup>54</sup> *ratione personae*, de tal suerte que se ha dejado atrás el encasillamiento por nacionalidad u origen étnico determinado. lo que representa un gran avance dados los orígenes de la figura del refugiado.

El punto central a donde nos lleva el análisis realizado de ambas figuras es que en ellas no tienen cabida las migraciones masivas que se visualizan de manera permanente de

---

<sup>53</sup> DÍEZ DE VELASCO, Manuel, Óp. Cit, pp. 629 y 630

<sup>54</sup> MARIÑO Menéndez, Fernando M., *Revista Española de Derecho Internacional* , 1983, Vol. 35, No. 2 ,1983, pp. 337- 369, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/44296088>, consultada el 16 de febrero de 2022.



unos años a la fecha y, cuya motivación deviene de la pobreza extrema o de guerras internas en sus países de origen que impiden el ejercicio de sus derechos y una vida plena,

Luego entonces, esos nuevos requerimientos se ven desprovistos de una forma jurídica específica a la cual acogerse porque se trata como dice Díez de “modernas formas de desplazados económicos y refugiados desplazados en masa” a quienes la comunidad internacional intenta tutelar a través de acuerdos *ad hoc*<sup>55</sup>.

En este panorama nos encontramos con los que la doctrina jurídica ha denominado refugiados de facto entendiendo como tales a aquellas personas que

[...] Se hubieran sometido a un procedimiento de elegibilidad en su país de residencia y cuyas demandas hubieran sido rechazadas, pero que no pueden o no quieren retornar a su país de origen por razones válidas. Los apátridas no reconocidos como refugiados, están en idéntica situación que los anteriores. ( ... ) Aquellos cuyo pasaporte haya expirado y no les es renovado, salvo que retornen a sus países de origen, lo que no quieren hacer. Prófugos y desertores por razones válidas según el convenio, y que no pueden ser considerados refugiados en sentido propio.<sup>56</sup>

Al enfrentarse a estos nuevos retos en los que no podemos encuadrar a estas personas que masivamente escapan de conflagraciones y miseria se gestó la “*Directiva 2001/55/CE*<sup>57</sup> relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento y de un esfuerzo equitativo entre los Estados Miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida”.

De lo anterior podemos colegir las dimensiones del problema frente a tanta entrada irregular de personas al territorio español, Tezanos<sup>58</sup> nos dice que las carencias alimentarias y las condiciones ínfimas de empleo en que viven millones de personas les lleva a huir de esas formas de vida <<a la desesperada>>, lo cual resulta explicable dadas las impresionantes desigualdades de nuestro mundo contemporáneo y de cara como afirma el autor en cita, a millones de personas que no tienen nada que perder y ven la posibilidad de dejar atrás una vida sin las más mínimas condiciones de dignidad, por ende la afluencia

<sup>55</sup>DÍEZ DE VELASCO, Manuel, Óp. Cit, p. 630

<sup>56</sup> Weis, P., *General Report*, Vol. II, citado por MARIÑO Menéndez, Fernando M., Óp. Cit., p. 345

<sup>57</sup> Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001L0055>, consultada el 13 de febrero de 2022.

<sup>58</sup> TEZANOS, José Félix, “Nuevas tendencia migratorias y sus efectos sociales y culturales en los países de recepción, Doce tesis sobre inmigración y exclusión social, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2266798.pdf> , consultada el 17 de febrero de 2022.

seguirá aumentando y en el caso de España resultará difícil frenar tales desplazamientos, ello pese a que son subcontratados y se les pagan salarios más bajos que a los nacionales.

Desde el Convenio de Dublín<sup>59</sup> se obligó a los Estados Miembros a estudiar la solicitud de asilo, de tal forma que cuando menos uno de ellos debe ocuparse de dicha solicitud para evitar lo que la doctrina denominó como “refugiados en órbita” que eran enviados de un estado a otro sin resolver su situación, así como también evitar las solicitudes múltiples de una persona en varios estados.

La situación es compleja pero las tan traídas y llevadas cifras pueden sorprendernos, y es que como afirma Campos<sup>60</sup>,

En la década de los 2000 fueron muchas las personas que inmigraron a España en busca de oportunidades. En particular, entre el 2004 y el 2008, España recibió un flujo acumulado de 3,7 millones de personas y, en 2007, batió el récord de llegada de personas extranjeras, que sumaron más de 900.000, lo que le convirtió en el segundo receptor de inmigrantes en términos absolutos entre los países de la OCDE, después de EE. UU.<sup>61</sup> Sin embargo, la crisis no solo puso freno a la inmigración, sino que además estimuló la emigración de tal modo que el saldo migratorio se mantuvo en números rojos entre 2012 y 2014.

El equilibrio no resulta de ninguna forma sencillo, y es evidente que no existe una solución unilateral que pueda aplicarse al problema de manera global, pero la corresponsabilidad es inequívoca y de ella debe partirse tanto al legislar como al aplicar la ley a quienes lo han perdido todo, porque cada vez es más difícil establecer una línea divisoria entre la migración forzosa y la voluntaria, pareciera que inexcusablemente se van enlazando; son muchas las teorías y explicaciones que rodean al fenómeno migratorio dada su complejidad, pero derivado de ella, no resulta factible que “ningún enfoque teórico unidisciplinario o unidimensional pueda explicarlo. [...] E igualmente debemos esperar que

---

<sup>59</sup> Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas - Convenio de Dublín OJ C 254, 19.8.1997, p. 1–12 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, GA, IT, NL, PT, FI, SV) disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A41997A0819%2801%29>, consultado el 11 de febrero de 2022.

<sup>60</sup> CAMPOS, Anna, Dossier: Inmigración; Impacto y perspectivas, “Fenómeno migratorio en España : ¿de la inmigración a la emigración?”, Caixa Bank Research, octubre de 2016, disponible en: <https://www.caixabankresearch.com/es/economia-y-mercados/mercado-laboral-y-demografia / fenomeno-migratorio-espana-inmigracion-emigracion>, consultada el 17 de febrero de 2022.

<sup>61</sup> OCDE, International Migration Database, citado por ídem.

muchas líneas e ideas teóricas pueden contribuir en parte pero no del todo a la explicación del fenómeno y de sus consecuencias”<sup>62</sup>.

Pero es el derecho el que debe dar respuesta a las realidades y en el caso que nos ocupa parece que se ha derivado hacia la equidad y la buena disposición de los Estados sin alcanzar un verdadero consenso que equilibre la balanza en favor de la dignidad humana.

## 5. Reflexiones conclusivas

Una vez analizados los supuestos que el derecho confiere a quienes por diferentes razones salen de sus países de origen, resulta inconcuso que las categorías de asilado y refugiado parecen haberse tornado insuficientes para contener las necesidades de quienes por pobreza extrema o guerras internas se ven precisados a salir de sus países de origen dejando atrás todo lo que hasta entonces ha sido su vida y que, desafortunadamente no encuadran en los supuestos analizados.

Ante ello cabe preguntarnos ¿necesitamos un cambio de paradigmas?

La pobreza extrema puede ser a veces más letal que otras formas de vulneración pero a ello debemos aunar el hecho de que al carecer de una posibilidad de desarrollo ello atenta en contra de sus derechos humanos de una manera que la ONU evidencia pero los estados no parecen concienciar.

Ante las constantes modificaciones o evolución de los conceptos en estudio encontramos que no resulta sencillo para el derecho internacional encasillar a las personas en ellos, y por el contrario han ido surgiendo figuras *extra lege* en un afán definitorio de lo que no encuadra en los supuestos jurídicos preestablecidos.

Así, como afirma Mariño,

Una norma de Derecho internacional general que impusiera a todo Estado la obligación de otorgar la protección de un estatuto a personas en situación de “refugiado”<sup>63</sup> tendría que proporcionar también una noción precisa de qué deberían los Estados entender por "refugiado"<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> SUTCLIFFE, Bob, *Nacido en otra parte: Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad*, Ed. Hegoa / Facultad de Ciencias Económicas, Bilbao 2003, disponible en: [https://biblioteca.hegoa.ehu.eus/downloads/5996/%2Fsystem%2Fpdf%2F2343%2FNacido\\_en\\_otra\\_parte.pdf](https://biblioteca.hegoa.ehu.eus/downloads/5996/%2Fsystem%2Fpdf%2F2343%2FNacido_en_otra_parte.pdf), consultada el 17 de febrero de 2022.

<sup>63</sup> Comillas en el original

<sup>64</sup> Ídem.

Pues, de otro modo, difícilmente podría exigirse a los Estados obligados el cumplimiento de su deber de protección<sup>65</sup>.

Es evidente que las migraciones masivas no encuadran, en los supuestos jurídicos del asilo y del refugio, y jurídicamente no se ha establecido el refugio por razones humanitarias, aunque de facto se da en múltiples ocasiones, son la Directivas del Consejo Europeo las que han intentado dar respuesta al complejo problema, empero la situación de hecho sigue rebasando cualquier previsión porque los problemas de origen siguen sin resolverse y, derivado de ello es de esperarse que la migración irregular seguirá abundando y espera respuestas que el legislador debe dar.

A diferencia de lo que ha ocurrido con otras figuras jurídicas tampoco encontramos una solución jurisdiccional en virtud de que son pocos los casos sometidos a su consideración aunque a futuro sea tal vez el camino que podría gestar soluciones consistentes y más justas.

### Fuentes de consulta

#### Bibliohemerográficas

AAVV, Instituciones del Derecho Internacional, *Anuario de Derecho Internacional*, 1950, No. 43, v. II

ACNUR, Tendencias globales, desplazamiento forzado en 2020, disponible en <https://www.acnur.org/stats/globaltrends/60cbddfd4/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2020.html>

ACNUR, 11 de noviembre de 2021, “ACNUR: Cifras de desplazamiento aumentaron en la primera mitad de 2021 por conflictos, violencia y cambio climático”, disponible <https://www.acnur.org/noticias/press/2021/11/618bfc2c4/acnur-cifras-de-desplazamiento-aumentaron-en-la-primera-mitad-de-2021-por.html>

ALZAGA Villamil, Oscar Y ÁLVAREZ Rodríguez Ignacio, *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, Marcial Pons, t. I, 7<sup>a</sup>. Ed., 2021

BIDART Campos, *Derecho constitucional*. Ediar, Buenos Aires, 1968

BOHÓRQUEZ Ortega, Isaura, “Reflexiones sobre la nostalgia en la inmigración”, *Revista Internacional Psicoanálisis [on-line]*, No. 37, 2011, disponible en <http://www.aperturas.org/articulo.php?articulo=0000680>, consultada el 9 de febrero de 2022.

---

<sup>65</sup> MARIÑO Menéndez, Fernando M., Óp. Cit., p. 343.

CALDUCH Cervera, Rafael, Relaciones Internacionales, Ediciones Ciencias Sociales. Madrid, 1991. Disponible en: <https://www.ucm.es/rrii-e-historia-global/libro-relaciones-internacionales>,

CAMPOS, Anna, Dossier: Inmigración; Impacto y perspectivas, “Fenómeno migratorio en España : ¿de la inmigración a la emigración?”, Caixa Bank Research, octubre de 2016, disponible en: <https://www.caixabankresearch.com/es/economia-y-mercados/mercado-laboral-y-demografia/fenomeno-migratorio-espana-inmigracion-emigracion>

CARDONA Arboleda, Oscar Darío, “Estimación holística del riesgo sísmico utilizando sistemas dinámicos Complejos”, Universitat Politècnica de Catalunya, 2001, Barcelona: tesis doctoral, disponible en [https://www.ipcc.ch/apps/nj-lite/srex/nj-lite\\_download.php?id=6473](https://www.ipcc.ch/apps/nj-lite/srex/nj-lite_download.php?id=6473)

COROMINAS, Joan: Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, Gredos, 3ª Ed., Madrid, 1987, Diccionario de la lengua española, disponible en <https://dle.rae.es/comunidad?m=form>

CREGO Díaz, María, “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)”. Anuario CIDOB de la Inmigración, 2013, p. 253-300

DICTIONNAIRE DE LA TERMINOLOGIE DU DROIT INTERNATIONAL / publicado bajo el auspicio de la Unión Académica Internacional, Sirey, París, 1960

DICCIONARIO PANHISPÁNICO del español jurídico, disponible en <https://dpej.rae.es/lema/comunidad>

DÍEZ de Velasco, Manuel, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Tecnos, 17ª Ed., Madrid 2009

GÓMEZ-Robledo, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México 2003, 4ª Ed

GONZÁLEZ Saquero, Pablo, “La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la directiva “retorno” (SENTENCIA del Tribunal de Justicia, ASUNTO C-38/14, Zaizoune)”, Revista Española de Derecho Europeo No. 55 Julio – Septiembre 2015, pp. 133 – 158. Disponible en <http://revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerecho-europeo/article/view/216-regulacion-expulsion-administrativa-estancia-irregular-espan/227>

LÓPEZ Garrido, Diego, MASSÓ Garrote, Marcos Francisco y PEGORARO, Lucio, *Nuevo Derecho Constitucional comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000

MARIÑO Menéndez, Fernando M., Revista Española de Derecho Internacional , 1983, Vol. 35, No. 2 ,1983, pp. 337- 369, Asociación Española de Profesores de Derecho

Internacional y Relaciones Internacionales, disponible en:  
<https://www.jstor.org/stable/44296088>

MONTERO Cartes, Cristian Ismael. “Configuración por el Tribunal Constitucional Español del Derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de las sanciones administrativas”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2021, vol. 71, No. 281-2, pp. 615-646

RUBIO Correa, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Colección de Textos jurídicos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993 citado por GARCÍA Toma, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Adrus, Arequipa, Perú, 2010.

RUBIO Correa, Patricio, “El concepto de refugiado de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951: Tratamiento, normativa y realidad”. *Agenda Internacional*, vol. 6, No. 12, 1999, pp. 137-148, Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6302568.pdf>, y <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7217>

SUTCLIFFE, Bob, *Nacido en otra parte: Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad*, Ed. Hegoa / Facultad de Ciencias Económicas, Bilbao 2003, disponible en: [https://biblioteca.hegoa.ehu.eus/downloads/5996/%2Fsystem%2Fpdf%2F2343%2FNacido\\_en\\_otra\\_parte.pdf](https://biblioteca.hegoa.ehu.eus/downloads/5996/%2Fsystem%2Fpdf%2F2343%2FNacido_en_otra_parte.pdf)

TEZANOS, José Félix, “Nuevas tendencia migratorias y sus efectos sociales y culturales en los países de recepción, Doce tesis sobre inmigración y exclusión social, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2266798.pdf>

TRIBIÑO Tolosa, César. “Comentario a la STC 145/2011: una nueva visión de la motivación en materia sancionadora”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2012, No. 29, pp. 195-208

VERGARA Ibarra, José Luis, *La seguridad Nacional en México. Hacia una visión integradora*, Siglo XXI Ed., México, 2018

### **Legislativas y fallos judiciales**

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43, disponible en <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, aprobada por las cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>

CONVENIO RELATIVO A LA DETERMINACIÓN DEL ESTADO RESPONSABLE DEL EXAMEN DE LAS SOLICITUDES DE ASILO PRESENTADAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS de las Comunidades Europeas - Convenio de Dublín OJ C 254, 19.8.1997, p. 1–12 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, GA, IT, NL, PT, FI, SV) disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A41997A0819%2801%29>

DIRECTIVA 2008/115/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 2008 (DOL 348/98), de 24.12.2008 <https://www.boe.es/doue/2008/348/L00098-00107.pdf>

Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001L0055>

LEY 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. BOE No. 233, de 29 de septiembre de 2015, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10389-consolidado.pdf>

LEY 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE No. 263 del 31 de octubre de 2009, texto consolidado, última reforma el 29 de dic. 2021, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2009/BOE-A-2009-17242-consolidado.pdf>

LEY ORGÁNICA 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000, Referencia: BOE-A-2000-544, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-544-consolidado.pdf>, consultada el 6 de febrero de 2022.

STS 2497/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2497, Recurso de Casación : 4893/2019. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia No. 128/2020, Fecha de sentencia: 29/07/2020, disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/47431fa66f288cbe/20200804>

### **Páginas web consultadas**

[http://www.interior.gob.es/documents/10180/12745481/21\\_informe\\_quincenal\\_acumulado\\_01-01\\_al\\_14-11-2021.pdf/5eb2142f-e111-42ea-9bf0-f98db9ea6ba2,](http://www.interior.gob.es/documents/10180/12745481/21_informe_quincenal_acumulado_01-01_al_14-11-2021.pdf/5eb2142f-e111-42ea-9bf0-f98db9ea6ba2)

[https://www.ine.es/prensa/cp\\_j2021\\_p.pdf,](https://www.ine.es/prensa/cp_j2021_p.pdf)

<https://www.cear.es/informe-cear-2021/>

<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/07/02.-ASILO-ESPANA.pdf>

[https://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/ESN2017\\_capitulo\\_4.pdf](https://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/ESN2017_capitulo_4.pdf)

<http://www.hispanoteca.eu/>