

LECCIÓN 3

NACIONALIDAD, EXTRANJERÍA, ASILO Y REFUGIO

*Eduardo Trillo y Martín Pinillos
Serafín Cortés Arenas
Justo Corti Varela (actualización 2018)*

I. NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA EN DERECHO INTERNACIONAL

1. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO SOBRE SU POBLACIÓN Y SUS LIMITACIONES. 2. LA NACIONALIDAD: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO. A) Concepto. B. La determinación del régimen jurídico de la nacionalidad corresponde al derecho interno de los Estados. Sus posibles limitaciones por el Derecho Internacional. 3. LA COMPETENCIA DEL ESTADO SOBRE SUS NACIONALES EN EL EXTRANJERO. 4. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO SOBRE LOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTREN EN SU TERRITORIO. A. Concepto de extranjero. B. Normas aplicables a los extranjeros. C. La entrada de extranjeros. D. La expulsión de los extranjeros. E. Derechos de los extranjeros que se encuentren en el territorio. 5. LA CIUDADANÍA Y LA EXTRANJERÍA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

ALGUNAS PREGUNTAS INICIALES

-¿Qué es la nacionalidad?, ¿a quién se le considera extranjero?

-¿Qué límites establece el Derecho Internacional a la competencia de los Estados en definir quiénes son sus nacionales?

-¿Qué límites establece el Derecho Internacional al derecho de los Estados a ejercer sus competencias sobre los extranjeros que se hayan en su territorio?

-¿Qué derechos conlleva ser ciudadano de la Unión Europea?

INTRODUCCIÓN

La nacionalidad debe ser considerada como el “derecho a tener derechos”, pues es el vínculo jurídico que garantiza la identidad y el reconocimiento del individuo en una comunidad nacional organizada en Estado, permitiéndole, al mismo tiempo, cuando se encuentra en el extranjero, acceder a la protección diplomática.

La condición de extranjero, es decir, de no nacional, en el territorio de un Estado determinado implica una situación de vulnerabilidad ante las competencias soberanas del Estado soberano en dicho territorio. Por otra parte, las competencias de un Estado sobre sus nacionales se encuentran muy debilitadas cuando éstos se encuentran en el extranjero.

De todo ello, surge la necesidad de intervención del Derecho Internacional, estableciendo límites a las competencias exclusivas del Estado en materia de nacionalidad y, en especial, en el régimen de extranjería, que son consecuencia, en su mayor parte, de la protección internacional de los derechos humanos.

OBJETIVOS

El alumno ha de conocer el concepto de nacionalidad y los límites que el Derecho Internacional impone a la competencia exclusiva de los Estados para regularla. Un aspecto importante también es el alcance de las competencias del Estado sobre aquellos de sus nacionales que se encuentren en el extranjero. Así como, la noción y alcance de la condición de extranjero, su régimen jurídico y los límites que impone el Derecho Internacional, en especial, el conjunto de derechos denominado "Standard minimum". Otra cuestión importante que el alumno deberá conocer es el concepto y alcance del estatuto de "ciudadano de la Unión Europea".

1. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO SOBRE SU POBLACIÓN Y SUS LIMITACIONES

Junto al territorio y al gobierno, el tercer elemento esencial que define la existencia de un Estado a nivel internacional es la población, que podemos definir como el conjunto de personas sobre las que el Estado puede ejercer las competencias derivadas de su soberanía. Este conjunto de personas se denominan nacionales de dicho Estado, y pueden residir en el propio territorio del Estado o fuera de él. Tienen la consideración de extranjeros para un determinado Estado todas aquellas personas que no son nacionales suyas, y es por tanto una condición general de un individuo dentro de un Estado definida únicamente por su no condición de nacional. Por tanto, tendrán la condición de extranjeros los apátridas, personas que carecen de toda nacionalidad.

Ahora bien, en el territorio de un determinado Estado pueden encontrarse nacionales de otros Estados que estén allí de forma transitoria o residan habitualmente en él. Sobre todos ellos, el Estado también puede ejercer determinadas competencias soberanas.

El conjunto de competencias que el Estado puede ejercer sobre sus nacionales, independientemente de si se encuentran dentro o fuera de su territorio, y sobre los extranjeros que estén en su territorio se denominan competencias personales.

En cuanto a las limitaciones que el Derecho Internacional impone a los Estados cuando éstos ejercen sus competencias personales, hemos de diferenciar los siguientes supuestos:

1. Limitaciones generales, son las que se derivan de la protección internacional de los Derechos Humanos y que se aplican a todas las personas sin discriminación de ningún tipo en función de su condición de seres humanos.

2. Limitaciones al Estado en el ejercicio de sus competencias sobre sus nacionales cuando éstos se encuentran en el exterior, que se derivan de su falta de soberanía fuera de su territorio.
3. Limitaciones al Estado en el ejercicio de sus competencias sobre los extranjeros que se encuentren en su territorio.

Un caso especial es el de aquellos territorios sobre los que un Estado no posee soberanía pero ejerce su jurisdicción con carácter exclusivo, como es el caso de los territorios sometidos a ocupación militar por otro Estado. Un ejemplo de este caso son los territorios palestinos ocupados por Israel.

2. LA NACIONALIDAD: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

A) Concepto

La nacionalidad es el vínculo jurídico por el que el Estado reconoce a una persona, física o jurídica, como nacional suyo y, por tanto, como parte de su población. Se trata de un derecho fundamental de la persona en el ámbito interno en cuanto que permite al individuo el acceso a otros derechos fundamentales de carácter político, económico y social. En el ámbito internacional, permite al Estado ejercer la protección internacional sobre sus nacionales.

Al tratarse de un vínculo jurídico entre un individuo y un Estado, las organizaciones internacionales no pueden tener nacionales, aunque si puedan ejercer su protección sobre determinadas personas como refugiados y sus propios agentes en el desarrollo de sus funciones.

Sin embargo, en el marco de los procesos de integración regional que implican cesión de soberanía por parte de los Estados pueden aparecer vínculos jurídicos entre un individuo y el conjunto de Estados comprometidos en tal proceso de integración que impliquen derechos propios de la nacionalidad, como es el caso de la ciudadanía europea en el ámbito de la Unión Europea.

B) La determinación del régimen jurídico de la nacionalidad corresponde al derecho interno de los Estados. Sus posibles limitaciones por el Derecho Internacional.

El Derecho Internacional establece que corresponde a cada Estado determinar por medio de su Derecho interno quiénes son sus nacionales. Es decir que corresponde de forma exclusiva a los Estados la competencia para regular la adquisición y pérdida de su nacionalidad. Esta afirmación ha sido refrendada por las Convenciones internacionales y la jurisprudencia internacional en la materia.

Sin embargo, el Derecho Internacional si establece ciertos límites a esta competencia exclusiva de cada Estado:

1. Nadie podrá ser privado arbitrariamente de su nacionalidad.
2. La adquisición de la nacionalidad a través de la naturalización de una persona en un Estado siempre es voluntaria.

3. La nacionalidad implica la existencia de un ligamen real y efectivo entre el individuo y el Estado.
4. Nadie podrá ser privado de su derecho a cambiar de nacionalidad.
5. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad en el nacimiento.

3. LA COMPETENCIA DEL ESTADO SOBRE SUS NACIONALES EN EL EXTRANJERO

El poder del Estado sobre sus nacionales se ejerce de forma plena dentro de su territorio. Sin embargo, cuando dichos nacionales se encuentran en el extranjero, el Estado no puede hacer ejecutar sus actos sobre los mismos sin el consentimiento del Estado donde estén. Por ejemplo, cuando una persona condenada en su Estado de origen huye al extranjero, la ejecución de la sentencia sobre dicha persona requerirá el consentimiento, y en su caso la colaboración, del Estado soberano del territorio donde se encuentre el condenado, para que pueda ser detenido y trasladado al Estado de origen.

Lo anterior no implica que el Estado se desentienda de sus nacionales en el extranjero. Con frecuencia, mediante acuerdos bilaterales o regionales, los Estados procuran que sus nacionales tengan un trato ventajoso, ya sea en cuestiones comerciales, migratorias o de navegación.

A falta de tratados, el Estado tiene derecho a que se garantice a sus nacionales un tratamiento que no esté por debajo del llamado "Standard minimum", que explicaremos posteriormente, y que está íntimamente relacionado con la protección internacional de los derechos humanos.

En cualquier caso, el Estado para exigir que otro Estado trate a sus nacionales conforme al Derecho Internacional aplicable, por la existencia de tratados o para el cumplimiento del "Standard minimum", debe ejercer la protección diplomática.

4. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO SOBRE LOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTREN EN SU TERRITORIO.

A. Concepto de extranjero

Para determinar quiénes son extranjeros, los Estados poseen dos criterios:

- (i)- Un criterio de exclusión, son extranjeros todos los no nacionales.
- (ii)- Un criterio más restrictivo, según el cual se consideran extranjeros a las personas que no son consideradas como nacionales por el Estado en que están domiciliadas o en el que son transeúntes, pero son consideradas como nacionales

suyos por un tercer Estado o por varios, en el caso de nacionalidad múltiple. En este supuesto no serían considerados como extranjeros los apátridas, ya que no son nacionales de un tercer Estado.

La opción por uno u otro criterio es importante. Como vamos a ver, los extranjeros se ven protegidos por un conjunto de normas que afectan a sus derechos e intereses en el Estado en el que se encuentran. Si el criterio de ciudadano extranjero que se utiliza es restrictivo, las personas que quedan fuera del mismo no se verán protegidas por ese conjunto normativo.

B. Normas aplicables a los extranjeros

Como los nacionales, los extranjeros están en principio sometidos al Derecho interno del Estado en cuyo territorio se encuentran de forma ocasional o permanente. En especial, por todas las normas relativas al orden interno, como las normas penales, y las normas administrativas que regulan el régimen de los extranjeros. Éstas últimas pueden referirse a la obligación de tener un pasaporte o a la necesidad de inscribirse en determinados registros. También las de orden económico, que se refieren a la capacidad de contratar de los extranjeros o de tener propiedades en el Estado donde se encuentren.

A esta competencia exclusiva de los Estados para regular los derechos y deberes de los extranjeros en su territorio, el Derecho Internacional impone una serie de limitaciones:

- Primero, las derivadas de los tratados internacionales de los que el Estado en cuestión sea parte. Por ejemplo, todos los convenios internacionales en materia de derechos humanos.

- Segundo, el Derecho Internacional, independientemente de la existencia o no de convenios, ha establecido un "Standard minimum" internacional que el Estado no debe en ningún caso vulnerar en relación con los extranjeros en su territorio.

En España, el régimen de extranjería está regulado en las leyes orgánicas 4/2000, 8/2000, 14/2003 y 2/2009, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que posteriormente han sido desarrolladas por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el reglamento de aplicación de dichas leyes.

C. La entrada de extranjeros

Actualmente, de acuerdo con el Derecho Internacional, la admisión de extranjeros es una competencia discrecional y exclusiva del Estado soberano del territorio. Cada Estado la regula, generalmente, mediante disposiciones administrativas referidas a:

- Régimen de pasaportes o de documentos legales que permiten la entrada. La falta de estos documentos impide la entrada o, si la persona ya entró de forma ilegal, su devolución a la frontera.

- Régimen de visados, lo que implica la exigencia de un permiso individual de entrada previo a la entrada, que emiten generalmente los consulados del Estado donde se

pretende viajar. Por ejemplo, para el caso de España, el visado de la zona “Schengen”, que permite también la entrada en la mayoría de los Estados de la Unión Europea. La exigencia de visado se ha extendido recientemente para evitar la entrada de emigración por motivos económicos desde países menos desarrollados.

-Régimen de autorizaciones, según se pretenda entrar en el territorio de un determinado Estado con fines turísticos, comerciales o laborales.

La única limitación que establece el Derecho Internacional es el cumplimiento del principio de no discriminación entre los nacionales de un Estado o los de otro en cuanto al régimen general de entrada de extranjeros, salvo que existan circunstancias especiales que lo justifiquen, como la no existencia de relaciones diplomáticas o consulares o la imposibilidad de garantizar la seguridad de dichas personas.

Ahora bien, por vía de tratados bilaterales o regionales, se pueden establecer regímenes de entrada más favorables en materia de visados o autorizaciones, para los nacionales de sus respectivos Estados.

D. La expulsión de los extranjeros

El Derecho Internacional no prohíbe la expulsión de extranjeros. Ahora bien, si establece determinadas limitaciones que se refieren a la forma de acometer dicha expulsión:

-No puede conllevar un tratamiento inhumano o daños injustificados a la persona expulsada.

-No puede ser arbitraria, por lo que ha de ser consecuencia de la aplicación de las normas internas que reglamentan la expulsión, en virtud de una decisión tomada por la autoridad competente.

-Se prohíben las expulsiones colectivas que supongan una vulneración del principio de no discriminación. Por ejemplo, las que pudieran afectar a los nacionales de un mismo Estado, por el mero hecho de ser nacionales de tal Estado.

E. Derechos de los extranjeros que se encuentren en el territorio

El poder del Estado sobre los extranjeros que se encuentren en su territorio de forma ya sea ocasional o permanente está limitado por el Derecho Internacional por las normas que se derivan los tratados internacionales de los que sea parte y por las normas generales denominadas “Standard minimum”.

Estas limitaciones son la base de los llamados derechos de los extranjeros o, más exactamente, de la garantía de tales derechos. El cumplimiento de dichas garantías puede ser exigido en el ámbito interno por la persona extranjera afectada, pero en el plano internacional, sólo el Estado del que es nacional tiene derecho a exigir al Estado territorial que se cumpla el Derecho Internacional en la persona de sus nacionales.

(i) “Standard minimum”

Este conjunto de garantías son reconocidas a todo extranjero con carácter general en cualquier Estado:

1. Derecho a que su vida y sus intereses sean defendidos por el Estado territorial contra las acciones de violencia colectiva organizadas en contra de los extranjeros.
2. Derecho a no ser detenidos arbitrariamente, es decir, sin conformidad con las normas del Estado territorial y por autoridad no competente, y a que se proceda a una investigación en tiempo razonable, y si se deriva una acusación de la misma, derecho a ser oído, antes de que la autoridad competente tome una decisión.
3. Derecho a no ser torturado y a que no se le someta a tratamientos inhumanos.
4. Tener libre acceso a los tribunales, sin que se produzca ninguna discriminación en virtud de su nacionalidad.
5. Derecho a poder ejercitar determinados derechos civiles básicos, como son los relativos a las relaciones paterno-filiales.

(ii) Hacia una asimilación entre nacionales y extranjeros

La total asimilación en materia de derechos entre nacionales y extranjeros aún no existe, aunque las diferencias se han ido reduciendo a lo largo de los años. Hay una serie de derechos de los que se excluye tradicionalmente a los extranjeros:

1. Los denominados derechos políticos, con carácter general, el derecho de sufragio y el derecho a ocupar cargos públicos.
2. El derecho a desempeñar determinadas profesiones vinculadas al ejercicio de la soberanía Estatal (como juez, diplomático o militar).

Por la vía de los tratados internacionales de carácter bilateral o regional, se puede producir una equiparación entre los derechos de los nacionales del Estado territorial y los derechos de los nacionales de los otros Estados parte, en determinadas áreas. Así mismo, en muchas legislaciones internas de los Estados se recoge el “principio de reciprocidad”, que significa el hacer depender el goce de determinados derechos a los extranjeros dentro un determinado Estado al hecho de que se reconozca el mismo trato a sus nacionales en el Estado nacional del extranjero.

Las áreas en las que normalmente se produce la equiparación por vía de tratado o por aplicación del “principio de reciprocidad” suelen referirse relaciones de familia y de sucesiones, ejercicio de profesiones liberales, derecho de establecimiento, derecho a adquirir propiedades, derechos sociales y obligaciones fiscales.

En ciertos Estados con fuerte tradición inmigratoria, particularmente en América Latina, suele haber una equiparación casi total al instituirse la titularidad de los derechos en los “habitantes” y no en los “nacionales”, aunque incluso en estos Estados se exige una condición legal (residencia legal) para hacer uso irrestricto de dichos derechos.

La cuadratura del círculo, como en otros asuntos de Derecho Internacional, la brinda la protección de los Derechos Humanos. Estos han ido limando las diferencias entre extranjeros y nacionales ya que muchas de ellas implican una discriminación contra la persona.

Así en términos generales se le reconoce a los extranjeros los derechos civiles y políticos como el derecho a la personalidad y acceso a la justicia, la circulación (con limitaciones administrativas) y aquellos sistemas más protectores como el del Consejo de Europa incluso derechos de carácter económico y social como el acceso a la cobertura de la seguridad social cuando disponen de residencia legal.

En el derecho español existe una equiparación prácticamente total, con la exclusión solo de los derechos políticos y acceso a profesiones antes mencionados, entre nacionales y extranjeros con residencia legal. Incluso los extranjeros en situación irregular, además de los derechos propios de protección a la individualidad, disponen de ciertos derechos de contenido económico como la asistencia jurídica gratuita, la asistencia sanitaria, el acceso gratuito a la educación obligatoria.

5. LA CIUDADANÍA Y LA EXTRANJERÍA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Aunque, como hemos visto, la nacionalidad y la extranjería están íntimamente relacionadas con la existencia de un Estado soberano, ambos conceptos han ido incorporándose y transformándose progresivamente en el seno de la Unión Europea, primero por la creación de un mercado común, y después, por la creación de un espacio propio de libertad, seguridad y justicia.

El Tratado de la Unión Europea incorpora el concepto de “ciudadanía de la Unión Europea”, que establece un vínculo de segundo nivel entre los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, que se superpone al de la nacionalidad, y que implica el reconocimiento de un conjunto de derechos tanto frente a las Instituciones europeas como frente a los Estados miembros. Por tanto, son los Estados miembros, a través de su competencia exclusiva en materia de nacionalidad, los que definen quienes son “ciudadanos de la Unión Europea”.

Los derechos que conlleva la condición de “ciudadano de la Unión Europea” son los siguientes:

- (i) Derecho de libre circulación y de residencia en el territorio de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea, de acuerdo con las normas establecidas en el Derecho comunitario. Este derecho es extensible a los familiares que sean nacionales del terceros Estados.
- (ii) Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo dentro del territorio del Estado miembro donde resida, aunque no sea nacional del mismo.
- (iii) Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro donde resida, aunque no sea nacional del mismo.
- (iv) Derecho de petición ante el Parlamento Europeo.
- (v) Derecho a presentar quejas ante el Defensor del Pueblo europeo.
- (vi) Derecho a que, cuando se encuentre en el territorio de un tercer Estado, pueda recibir protección de las autoridades diplomáticas y consulares de

un Estado miembro de la Unión Europea del que no sea nacional si su Estado nacional carece de representación en dicho Estado.

- (vii) Derecho a dirigirse por escrito a las instituciones y órganos de la Unión Europea en una de las lenguas oficiales y a recibir contestación en la misma lengua.

El proceso de integración europeo ha tenido igualmente consecuencias importantes en el ámbito de la extranjería. Pues aunque al definición del estatuto de los extranjeros es una competencia exclusiva de los Estados miembros, está se encuentra progresivamente condicionada por la aparición de una política europea en materia de “visados, asilo e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”.

Esta política de inmigración europea afecta al cruce de fronteras por nacionales de terceros Estados y al régimen jurídico que ha de aplicarse a éstos cuando residen en el territorio de uno de los Estados miembros de la Unión Europea. En general, se trata establecer principios básicos comunes y de favorecer la cooperación entre los Estados miembros, a los que corresponde en última instancia la regulación de la extranjería en sus respectivos territorios. En la actualidad existen normas comunes para la expedición de visados de corta duración y una lista común de Estados a cuyos nacionales se les exige visado de entrada.

Por tanto, este régimen de extranjería comunitario se aplicaría a todos los no “ciudadanos de la Unión Europea”. Por otra parte, independientemente de la existencia de los derechos derivados de la condición de “ciudadano de la Unión Europea”, también existen otros derechos que los Estados miembros han de garantizar a todos los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y que se derivan de la creación del Mercado Único, y que afectan a cuestiones económicas y sociales derivadas principalmente de la libertad de circulación trabajadores, libertad de prestación de servicios y de establecimiento.

ASILO Y REFUGIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ASILO Y REFUGIO: CONCEPTOS Y DISTINCIÓN. 3. REGULACIÓN JURÍDICA.

ALGUNAS PREGUNTAS INICIALES

1. ¿Qué entendemos por asilo y refugio? ¿cuáles son sus principales diferencias?
 2. ¿Qué personas pueden beneficiarse de ambas instituciones?
 3. ¿Qué tipos de asilo y refugio nos muestra la práctica internacional?
 4. ¿A qué dificultades se enfrentan el asilo y el refugio?
 5. ¿Cuál es su regulación jurídica actualmente?
-

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de los derechos humanos necesariamente tiene que tomar en consideración dos instituciones jurídicas de gran tradición en la escena internacional: el asilo y el refugio. Ambas instituciones tienen una finalidad claramente protectora del individuo que ha podido ser víctima de violaciones de derechos o, lo que es más importante, de aquél que puede llegar a serlo por diversos motivos.

La persecución de determinadas personas basada en motivaciones políticas o sociales en un sentido amplio reclama de los Estados un compromiso firme a fin de dar acogida a aquellas que llegan a su territorio por temores fundados a las consecuencias que en su país de origen pueden sufrir. El asilo y el refugio, por tanto, presentan diversos elementos que hay que tomar en consideración:

1. Un sujeto individual que abandona el Estado donde residía para dirigirse a un Estado distinto.
2. La existencia, por tanto, de dos Estados:
 - a) el Estado de origen del sujeto, sea o no el de su nacionalidad; y,
 - b) el Estado de destino, al que llega el individuo, cuya nacionalidad no posee y que se denomina Estado territorial.
3. Y, finalmente, la existencia de una motivación concreta para dicha huida, normalmente basada en cuestiones de persecución por cuestiones políticas, raciales, etc. que hacen temer por la vida o integridad del sujeto.

Una vez realizadas estas primeras aproximaciones, el análisis del tema, del que la presente guía no es sino un apoyo necesitado de profundización, se orienta a los siguientes objetivos:

- Un conocimiento adecuado del fenómeno del asilo y el refugio en el contexto general de protección de los derechos humanos.
- La comprensión de las diversas modalidades de asilo y refugio existentes y de sus correspondientes implicaciones para el individuo afectado.
- Los problemas que tanto el asilo y como el refugio presentan desde la perspectiva de la protección del individuo.
- El análisis de la regulación jurídica existente a nivel internacional y nacional sobre la materia, con especial incidencia en el caso europeo y español.

2. ASILO Y REFUGIO: CONCEPTOS Y DISTINCIÓN

Estudiar cualquier materia pasa, ineludiblemente, por conocer el objeto de estudio y, una vez comprendido, intentar delimitarlo de figuras afines con las que pueda confundirse. En este caso, el tema se orienta en torno a dos conceptos que, si bien tienden a confundirse, deben ser necesariamente diferenciados. Es cierto que ambos parten de una base común y, precisamente, a ello nos referíamos en la introducción al analizar los elementos esenciales.

La situación de partida es la siguiente: un determinado individuo llega a un Estado del que no posee la nacionalidad huyendo de otro Estado del que normalmente es nacional (aunque puede eventualmente no serlo) y donde dice sufrir persecuciones basadas en motivaciones políticas o discriminatorias. Su objetivo es, precisamente permanecer en el Estado al que llega bajo el pretexto de que de ser devuelto al Estado de procedencia corre peligro su vida, integridad o libertad.

A partir de entonces surge el problema para el Estado territorial (al que llega y donde pretende quedarse): ¿Qué hacer con ese individuo? ¿Tendría derecho el sujeto a permanecer en el Estado o, por el contrario, podría este último retornarlo o expulsarlo? Y de autorizar la permanencia, ¿hasta dónde llega la atención que el Estado ha de prestarle? Todas estas cuestiones encuentran respuesta a través de las figuras del asilo y el refugio.

En principio, las dos primeras cuestiones se resuelven atendiendo a la motivación concreta de la persecución, siendo ésta una de las primeras diferencias entre asilo y refugio. La segunda pregunta, la posible protección que el Estado dispense a dicho individuo, no conecta con la principal distinción entre ambas instituciones jurídicas.

A. Asilo

No es posible ofrecer una definición precisa de la figura del asilo sin atender a sus diversos tipos. En todos ellos, sin embargo subyacen los mismo elementos de partida que hemos comentamos. Pero se unen dos más relacionados con dos derechos que asisten al sujeto al que se le concede la condición de asilado:

- El derecho a no ser expulsado del territorio del Estado territorial; y,
- El derecho a protección dispensada por el Estado territorial.

Partiendo de esa base, hemos de distinguir entre:

1. Asilo territorial.
2. Asilo diplomático.
3. Asilo neutral.

Sin duda la figura más relevante es el **asilo territorial** por su carácter universal. Podríamos definirlo como “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 encuentran en peligro en el Estado de procedencia”. Los elementos determinantes, por tanto, son:

- a) El motivo de la solicitud del asilo es el temor a que la vida o libertad del individuo solicitante puedan estar en peligro debido a persecuciones por motivos políticos, entendidos éstos en un sentido amplio e indeterminado. No existe, por tanto, una relación tasada de causas para la concesión del asilo, jugando un papel esencial la interpretación. Este elemento será uno de los que permitan distinguir el asilo del refugio.
- b) El solicitante de asilo se encuentra o a la expectativa de acceder a territorio nacional o ya dentro de dicho territorio, cuestión ésta que diferencia el asilo territorial del diplomático.
- c) Desde la perspectiva de dicho individuo, en principio, no se puede hablar de un derecho a la concesión del asilo por el Estado, sino de un derecho de soberanía del Estado territorial (que puede concederlo o no). Sin embargo, existe hoy una tendencia a configurar el derecho de asilo como un verdadero derecho humano y así se recoge en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 al afirmar que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país” (art. 14 de la Declaración).
- d) Y, finalmente, desde el punto de vista de la protección, una vez concedido el asilo no sólo el Estado concedente no puede retornar o expulsar al asilado sino que se compromete a proporcionarle protección (así permisos de residencia, autorización para trabajar, etc.). Es esta, precisamente, la principal diferencia con el refugio.

Por su parte, el **asilo diplomático** es un tipo de asilo tan sólo circunscrito al ámbito regional latinoamericano (no se aplicaría la práctica a otros Estados que a los de dicha región y que, además, sean parte de los tratados internacionales sobre

la materia o resulten obligados por la costumbre internacional). Su principal novedad es que:

1. Por un lado, el solicitante de asilo no sale del Estado donde presuntamente se le persigue sino que se refugia en ciertos lugares bajo bandera de un Estado extranjero y dotados de cierta protección a nivel internacional frente a las autoridades de aquel Estado: Legaciones diplomáticas (principalmente la embajada), navíos de guerra y campamentos y aeronaves militares, por ejemplo.
2. Por otro, la protección que se demanda y que puede conceder el Estado extranjero de la bandera es permitir que el refugiado pueda salir del país sin riesgo para su vida o libertad (con independencia de que sea ese mismo o un tercero que ofrezca garantías).

De este modo, el asilo territorial permite al Estado de la bandera solicitar la salida con garantías y al Estado del territorio le obliga a concederla si se dan los requisitos exigidos, y que habrán de ser analizados por el alumno.

Finalmente, el **asilo neutral** no es más que una modalidad de asilo territorial pero que se concede en tiempo de guerra por un Estado neutral a miembros de Fuerzas Armadas de los Estados beligerantes que buscan refugio en su territorio.

B. Refugio.

El refugio, que en muchas ocasiones suele confundirse con el asilo, es una categoría diferente. Si partimos de la definición que nos ofrece la Convención sobre el Estatuto del Refugiado, aprobada en Ginebra en 1951, el **refugiado** sería aquella persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su 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” (art. 1.A.2).

Como podemos observar, la definición del refugio es más restringida que la del asilo. Aunque partiendo de unos elementos comunes, las principales diferencias estarían en:

1. Los motivos que pueden dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado están tasados por la Convención de tal manera que únicamente pueden ser refugiados los perseguidos por motivos de:
 - a) Raza;
 - b) Religión;
 - c) Nacionalidad;
 - d) Pertenencia a determinado grupo social;
 - e) Opiniones políticas.

2. El tipo de protección dispensada se reduce sólo al derecho del refugiado a no ser devuelto al país donde sufre persecución, lo que no impide que pueda ser expulsado a otro Estado considerado como seguro.

Figura similar es la del **refugio temporal** por razones humanitarias, muy próximo al asilo diplomático y que suele ser aplicado por Estados que no reconocen dicha modalidad de asilo. Parte, igualmente, del previo refugio en una legación diplomática pero en este caso lo único que comporta es que el refugiado no saldrá de la misma hasta que se garantice que no será objeto de persecución o enjuiciamiento por motivos políticos anteriores al refugio.

1. REGULACIÓN JURÍDICA

Finalmente, en lo que respecta a la regulación jurídica de estas figuras, merece la pena que utilicemos la siguiente clasificación a efectos de claridad expositiva, si bien el alumno es libre de poder utilizar cualquier otra:

A. Normativa Internacional

El asilo territorial no cuenta hoy con un tratado internacional que regule la materia como sí ocurre con el refugio y a pesar de los esfuerzos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en perfilar un texto definitivo. Eso no quiere decir que no resulte de aplicación obligatoria para los diversos países en base a costumbres internacionales que, como se sabe, constituyen también fuente de derecho internacional sobre la base de la práctica repetida de los Estados. Lo que sí tenemos es una declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1967, la Declaración 2312 (XXII), que perfila sus elementos esenciales. Aunque las declaraciones de la Asamblea General en principio no son de obligatorio cumplimiento por los Estados, sin embargo pueden llegar a serlo si se utilizan como práctica repetida por aquellos (costumbre internacional) o se recogen en un tratado internacional. Convendría que el alumno examinara su contenido, ofreciendo una sinopsis clara el manual recomendado del profesor Díez de Velasco.

Como ya dijimos, el asilo territorial es una institución de carácter regional y, por tanto, no existen costumbres o tratados sobre la materia a nivel universal.

En cambio, el refugio sí que cuenta con un tratado internacional que regula la institución y que, como si de un “contrato entre Estados” se tratara, obliga a aquellos países que lo han ratificado, esto es, que han consentido en obligarse por el mismo. Se trata de la ya mencionada Convención sobre el Estatuto del Refugiado, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y que ha sido modificada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado en Nueva York el 31 de enero de 1967². Convendría una aproximación a los mismos a través de algún manual, entre los que se encuentra el ya recomendado del Prof. Díez de Velasco.

B. Normativa Regional

Cuando hablamos de regiones nos referimos a regiones del planeta constituidas por diversos Estados y, así, en lo que a nosotros nos interesa, tenemos que diferenciar:

1. El asilo diplomático es, como dijimos, una institución netamente latinoamericana y es en esa región del mundo donde se han adoptado, al margen de una consolidada costumbre internacional, toda una serie de tratados internacionales entre los que destaca la Convención sobre Asilo de La Habana de 1928, la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933, el Tratado sobre Asilo y Refugio político de Montevideo de 1939 o la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático.

2. Por su parte, es necesario prestar una atención especial al caso de la Unión Europea por su afección a España. Aunque a nivel internacional no existe regulación sobre el asilo, sí que la hay en el seno de la Unión. Desde el Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, de 15 de junio de 1990, y el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, de 19 de junio de ese mismo año, a la comunitarización del asilo por el Tratado de Amsterdam de 1999 (atribución de la competencia sobre asilo a la Unión Europea por parte de los Estados Miembros), lo que ha posibilitado la puesta en marcha de una política de asilo y un sistema común de asilo en la Unión a través de la Directiva relativa a los requisitos de asilo, que entró en vigor en enero de 2012, las versiones refundidas de actos legislativos de 2013 (Reglamento Eurodac, Reglamento de Dublín III, Directiva sobre las condiciones de acogida y Directiva sobre procedimientos de asilo), las orientaciones estratégicas del Consejo Europeo de 2014 sobre la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia para la consecución plena de un Sistema Europeo Común de Asilo. Hasta entonces, salvo la coordinación en relación a qué Estado es competente para tramitar una solicitud de asilo, la armonización de los procedimientos y el reparto temporal de solicitudes (vigente entre 2015 y 2017), la tramitación y la decisión corresponde a las autoridades nacionales.

3. El sistema europeo parte de una identificación entre asilo y refugio aplicando la protección del asilo a los que cumplan con las condiciones de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951. Igualmente, prevé tres modalidades diferentes de protección:

a) La condición de refugiado basado en la mencionada Convención de Ginebra, que merece la mayor protección;

b) Los supuestos excluidos de la definición de refugiado por la Convención de Ginebra pero en los que el individuo tiene que salir del país de residencia por haber padecido graves violaciones de derechos humanos, aplicando una “protección subsidiaria”.

c) Un régimen de “protección temporal” para grandes masas de población que salen del país de origen por situaciones extraordinarias de guerra o catástrofe natural, con independencia de sufrir persecución.

C. Normativa nacional.

Finalmente, y en lo que se refiere a la regulación establecida a nivel estatal, nos interesa el caso español la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, así como los Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas; y el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida; todos ellos esencialmente trasponen las directivas y reglamentos europeos de armonización en la materia.

Reviste especial interés el desarrollo que hace el capítulo III de la Ley 12/2009 que regula las condiciones del derecho de acogida por parte de los que sean solicitantes o beneficiarios de una protección internacional. Este incluye las necesidades básicas (alojamiento, manutención, atención social, atención psicológica e información sobre formación, así como orientación en la búsqueda de trabajo), formación y empleo (esto último bajo ciertas condiciones) y asistencia legal.

Convendría que el alumno profundizara en esta nueva regulación sobre la base de los manuales recomendados.

BIBLIOGRAFÍA

- Díez de Velasco Vallejo, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª Ed., Tecnos, Madrid, 2018.
- Escobar Hernández, C.: “Asilo y refugio en España”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 3 (1991), pp. 692-708.
- Mariño Menéndez, F., y otros: *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, 1996.
- Defensoría del Pueblo: “El asilo en España: La protección internacional y los recursos del sistema de acogida”, Madrid, 2016.

WEBS DE INTERÉS

- ONU: <http://www.un.org>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): <http://www.acnur.org/>
- Unión Europea: <http://www.eu.int>
- Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España: <http://www.exteriores.gob.es/>