

# ***LA INSTITUCIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN EUROPA: EJES CONCEPTUALES DE LA ACOGIDA TERRITORIAL DEBIDA A LAS POBLACIONES DESPLAZADAS DE FORMA MASIVA***

---

DRA. NURIA ARENAS HIDALGO.  
Profesora de Derecho Internacional Público.  
Universidad de Huelva.

## **INTRODUCCIÓN**

El 20 de julio de 2001 se adopta la Directiva 2001/55/CE del Consejo, *relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida*<sup>1</sup>. Se trata de una norma de Derecho derivado adoptada al amparo y como respuesta a la demanda de los Tratados constitutivos –en concreto de su artículo 63.2 TCE–, y que más allá de su apariencia de norma positiva de carácter específico puede considerarse, igualmente, una pieza de importantes consecuencias, pues su propia singularidad e importancia no se circunscribe o detiene en lo que su articulado encierra. En un análisis en prospectiva, la Directiva puede calificarse de emblemática no sólo para el Derecho europeo, por cuanto imprescindible eslabón para la plena realización del ‘sistema europeo común de asilo’, sino también para el Derecho internacional, como norma paradigmática de la reciente evolución del Derecho internacional de los Refugiados, en el que la consideración de la acogida temporal de poblaciones en peligro supone el resurgimiento de una renovada protección territorial como respuesta.

1. DOCE, nº L 212 de 07/08/2001, pp. 0012-0023. En función del artículo 33 de la Directiva la entrada en vigor se ha producido el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

La aproximación del Derecho Comunitario al fenómeno de los desplazamientos masivos de población, desde la perspectiva de su acogida temporal, resulta un enfoque muy reciente íntimamente relacionado con la crisis de los Balcanes y el proceso de creación del *in fieri* sistema europeo común de asilo. Si bien a partir de la década de los ochenta, las relaciones internacionales hacían presagiar un paso a segundo plano de la institución del asilo –*grosso modo* considerada–, con el aumento de la confianza en la eficacia de otras fórmulas de protección de la población en su lugar de origen –piénsese en la creación de las llamada *safe zones*–, o la interpretación de la asistencia humanitaria como preventiva del exilio; las consecuencias del conflicto de la ex Yugoslavia que trae aparejada la década subsiguiente, supone la asunción de que una efectiva aproximación sistemática del Derecho internacional respecto a las vías de solución de este tipo de fenómenos requiere la consideración de la acogida. La protección territorial deja de ser una medida insoslayable para considerarse un medio más de acción, en ocasiones inevitable, que requiere de una concreta regulación –las fórmulas *ad hoc* nacidas al amparo del llamamiento de ACNUR a los Estados miembros resultaron, a menudo, de una importante diversidad incoherente con el medio comunitario–.

Los flujos masivos de población conciernen igualmente a la Comunidad y no se trata, en exclusiva, de un fenómeno propio de otras regiones, por lo que ésta protección y las consecuencias de la misma puede necesitar de una acción coordinada de todos los Estados miembros, no sólo a modo de cooperación intergubernamental, con objeto de salvar las posibles dificultades operativas sino con una perspectiva de conjunto, con una regulación armonizada que evite las medidas individuales, con las dificultades intrínsecas derivadas de las decisiones divergentes para casos equivalentes –piénsese en el consabido perjuicio de ello para los desplazados– sino, igualmente, porque las medidas unilaterales pueden llegar a ser, del mismo modo, perjudiciales para los Estados implicados en un proceso de construcción común.

El consenso alcanzado en una materia como ésta que refleja de forma tan contundente la tensión dialéctica entre las amplias competencias estatales que las normas generales de Derecho internacional reconocen para la regulación de la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio y la necesidad de establecer límites extrínsecos a esa libertad con objeto de una mayor y mejor protección de las poblaciones en peligro supone un cualificado botón de muestra del avance en el proceso de integración comunitaria.

Desde la perspectiva del Derecho internacional general, dicha Directiva viene a constituir el primer instrumento jurídico que aborda los desplazamientos en masa desde la perspectiva de su acogida territorial, a través de un dispositivo de carácter excepcional que se inicia a instancias comunitarias y que se basa en un reparto equitativo de las cargas asociadas a dicha acogida.

Hasta el momento y por contraste, la acogida territorial de poblaciones exiliadas a gran escala derivaba de la obligación general de todo Estado de permitir la entrada y, al menos, la protección temporal en caso de ser aplicable el principio de *non refoulement*. De la obligación de Derecho internacional general surge la institución del *temporary refuge* –precedente remoto de la actual normativa comunitaria<sup>2</sup>–, o más

recientemente, la normativa adoptada por parte de los Estados miembros respecto a las poblaciones procedentes de la antigua Yugoslavia –precedente mediato<sup>3</sup>–. Con las salvedades necesarias respecto a las diferencias entre ambas, es posible considerar que por lo que hace a las relaciones conceptuales entre la protección temporal comunitaria y su precedente más específico y neto el *temporary refuge* conviene notar que el dispositivo europeo, en la medida en que se centra en la acogida temporal otorgada en el territorio de los Estados miembros, confirma, en primer término, la obligación general. La fórmula *tradicional* de protección aplicada en las situaciones de emergencia que implican estos flujos y que viene caracterizada en su forma más somera, por las necesidades imperiosas de acogida; la determinación en grupo o colectiva de las personas necesitadas de protección; así como la concesión de acogida inmediata y cautelar, se asienta, de esta forma también en el Derecho internacional contemporáneo mas desde una perspectiva renovada. Se pretende avanzar respecto de la dinámica precedente a través de un nuevo enfoque de la protección temporal, la cual deja de considerarse una mera solución interina, de carácter *ad hoc* y en ausencia de concretos instrumentos jurídicos internacionales que pudieran abordar el fenómeno en todas sus dimensiones, para afrontarlo desde una perspectiva normativa sistemática, de carácter regional, orientada, claramente, al retorno de los exiliados a su lugar de origen y basada en un reparto equitativo de las responsabilidades de carácter financiero como en lo que respecta a la posible distribución de las personas acogidas entre los Estados implicados.

Una norma de Derecho derivado, acto normativo de una Organización internacional regional que viene así a interaccionar con una norma de Derecho internacional general, para su confirmación y perfeccionamiento.

No obstante los ricos materiales de estudio que ofrece este ámbito de materias, este trabajo tiene como objetivo realizar, únicamente, un análisis de la contextualización conceptual del dispositivo europeo de Protección Temporal, que viniera a servir a modo de somera presentación del dispositivo, esto es, las claves interpretativas de sus manifestaciones más inmediatas con objeto de profundizar en un debate abierto sobre lo que consideramos algo más que una simple Directiva<sup>4</sup>.

2. No es posible dar cuenta aquí de los orígenes y evolución del concepto de *temporary refuge*, no obstante, puede consultarse los trabajos del Profesor Coles en el marco del Comité Ejecutivo –la Delegación australiana fue precursora de su institucionalización– y en el ámbito doctrinal.

ACNUR Comité Ejecutivo. Sub-Committee of the Whole on International Protection, *Report on the Meeting of the Expert Group on Temporary Refuge in Situation of Large-Scale Influx*, EC/SCP/Add. 1, 17 de julio de 1981. COLES, G.J.L. «Temporary Refuge and the Large Scale Influx of Refugees», en *Australian Yearbook of International Law*, vol. 8, 1983, pp. 189-212. Del mismo autor: *Problems arising from large numbers of asylum-seekers: a study of protection aspects*, International Institute of Humanitarian Law, 1986.

3. En este sentido, consúltense las dos monografías de la Profesora van Selm como estudios de Derecho comparado entre las legislaciones de los Estados miembros tanto en el caso del desplazamiento inicial yugoslavo como el posterior kosovar. Vid. van SELM, J. *Refugee Protection in Europe. Lessons of the Yugoslave Crisis*, Martnus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1998. *Kosovo's Refugees in the European Union*, Pinter, London and New York, 2000.

4. En lengua castellanas es posible citar dos trabajos que se aproximan al estudio del sistema de protección temporal: GORTAZÁR ROTAECHE, C.J. «La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un derecho comunitario en la materia», en (Fernández Sánchez, P.A. editor), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva publicaciones, Huelva, 2002.

## I. CONTEXTUALIZACIÓN: VÍNCULO Y EQUIDISTANCIA CON LA INSTITUCIÓN DEL ASILO

En virtud del artículo 2 a) –disposición definitoria por cuanto ofrece el significado de distintos términos que se utilizan a lo largo del articulado–, se entenderá por ‘Protección Temporal’ a los efectos de la presente Directiva:

«un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección».

Se halla en la definición no sólo el concreto ámbito de aplicación del dispositivo de Protección Temporal (casos excepcionales de afluencia masiva), sino también los rasgos característicos del mismo (protección inmediata y temporal), a lo que se añade la referencia al sistema de asilo a modo de justificación de la necesidad de la creación de un mecanismo alternativo, precisamente como fórmula de salvaguarda de su buen funcionamiento en circunstancias de tal envergadura. He aquí una de las claves para entender el interés comunitario en la adopción de una normativa de acogida en caso afluencia a gran escala, esto es, la desestabilización de las estructuras tradicionales de determinación del estatuto de refugiado.

Sin embargo, y a diferencia del derecho de asilo, el artículo 2 de la Directiva no pretende crear un nuevo derecho exigible por las personas desplazadas que no puedan volver a su país de origen. En realidad, se presenta como una *expectativa de protección más que como derecho subjetivo*. El dispositivo se activa por una decisión del Consejo por mayoría cualificada a iniciativa de la Comisión; por tanto, depende de una previa calificación de la situación por parte de las instituciones –criterios sustantivos–, las cuales decidirán –criterios procedimentales–, si se reúnen las condiciones para la aplicación de un sistema excepcional como el que se propone.

Ni toda afluencia masiva requerirá de la acción comunitaria (tan sólo aquella que así determine la propia Comunidad), ni los beneficiarios descritos en su articulado obtienen, por el mero hecho de serlo, la posibilidad de solicitar una acogida. Se trata de un mecanismo excepcional que pudiera ser activado sólo en casos de emergencia y que en función de su flexibilidad –en la medida en que no requiere de una determi-

pp. 231-248. PERAL FERNÁNDEZ, L. «Desplazamiento masivo de población: marco internacional y nuevo marco comunitario de protección y asistencia», mimeografía. De forma más pormenorizada en lengua alemana destacamos: HOFMANN, R. «Das Konzept des Vorübergehenden Schutze (Temporary Protection): Regionales Völkerrecht durch Art. 63 Abs. 1 nr. 2 EGV», en *Die Macht des Geistes, Festschrift für Hartmut Schiedermaier*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 873-888 (téngase en cuenta, no obstante la magistral lección del Profesor, que se centra en el proyecto de Directiva de 2000, precedente de la vigente) y en lengua inglesa, el excelente estudio del Profesor Kálin: KÁLIN, W. «Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism», en *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, pp. 202-236.

nación individualizada de cada sujeto— dispone una acogida inmediata aunque limitada en el tiempo y enfocada al regreso de los desplazados. Por ende, a través del mecanismo de solidaridad en el que se basa, permite al sistema de protección, en general, un mejor funcionamiento en crisis de tal calado.

En el panorama de Derecho internacional son conocidas las coordenadas que enmarcan el régimen jurídico del *refugiado* y del *asilo* en general y del refugio temporal, en particular. En términos comparativos, la Protección Temporal europea se caracteriza por ser un mecanismo centralizado —lo decide el Consejo, no los Estados miembros de forma individualizada—, y de carácter grupal o *colectivo*, —está destinado a un colectivo de personas que no necesitan demostrar el peligro que sufren o pudieran sufrir en el marco de un procedimiento singular—, *objetivo* —no se activa en atención a consideraciones subjetivas— y con vocación *temporal*.

Es cierto que no se atribuye un derecho subjetivo exigible ante la Administración o los tribunales, pero una vez decidida por el Consejo su entrada en vigor acarrea todo un conjunto de efectos y consecuencias jurídicas, ahora sí inmediatamente exigibles, como el conjunto de derechos que componen el patrimonio jurídico de los desplazados. No es, pues, un sistema de protección individual (asilo); dispensa, sin embargo, una tutela jurídica, pues no se trata simplemente de un acto de mera tolerancia o ejercicio humanitario. Consiste, en suma, en una protección colectiva, cuyas reglas de juego han sido definidas previamente por la Directiva, y que constituye un complemento del Derecho comunitario para el Derecho internacional.

Por lo demás, un dispositivo de protección temporal dedicado en exclusiva a los flujos en masa supone una importante salvaguarda contra el ‘abuso de la acogida temporal’ en detrimento del asilo. No consideramos, en un análisis teórico de la norma, que se trate de un mecanismo alternativo a los procedimientos tradicionales de asilo debido a la dificultad de aplicarlos en una situación tan compleja como la que generan los flujos masivos de población. Nos parece que es un dispositivo complementario al mismo, pues no excluye la aplicación del procedimiento de determinación del estatuto de refugiado, sino que simplemente lo retrasa en aras de ofrecer una inmediata protección al colectivo definido. La Protección Temporal emerge así como un sistema complementario al ‘sistema europeo común de asilo’ destinado a hacerlo funcionar correctamente.

Los sistemas de protección colectiva e individual responden, en efecto, a situaciones fácticas o factores bien distintos, de ahí la diversidad de su régimen jurídico. La protección individual tiende a estirarse indefinidamente (la persecución es en razón del sujeto; las causas de cesación pueden resultar de imposible o difícil determinación, etc.). La protección colectiva, en cambio, nacida para hacer frente a un fenómeno de desplazamiento masivo, sin entrar en las circunstancias subjetivas, ofrece una tutela inmediata y temporal, en la medida en que tiende a concluir una vez han desaparecido las causas que la activaron, y cuya mensurabilidad, aunque siempre difícil, puede resultar menos ardua que en los casos de persecución individual.

## II. LA REGULACIÓN COMUNITARIA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL

### 1. Base Jurídica del Dispositivo

En virtud del artículo 63. 2 TCE:

«1. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam:

2. medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas, en los siguientes ámbitos:

- a) normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección temporal;
- b) fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida».

Las divergencias manifestadas por los Estados miembros durante la redacción del Tratado de Amsterdam, respecto al contenido de la obligación de solidaridad comunitaria, esto es, las características que debía comprender el necesario esfuerzo equitativo en la acogida de los desplazados, devino en una división en dos apartados del artículo 63.2 ante la posibilidad de consecución de dichos objetivos en diversas y distantes fases temporales. La Directiva de Protección Temporal superando tal disyuntiva, hace acopio de ambas secciones para obtener como resultado, una «doble base jurídica». En efecto, la norma de Derecho derivado pretende dar respuesta a ambos extremos: por un lado, adoptar normas mínimas para la efectiva concesión de protección temporal y, por otro, aquellas que supongan el fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros, en un mismo instrumento<sup>5</sup>.

Se asume, en definitiva, que tales normas y, por tanto, las medidas a ella asociadas, se hallan estrechamente vinculadas entre sí en aras de una mayor eficacia, coherencia y solidaridad<sup>6</sup>.

En virtud de esta doble base jurídica, es posible deducir que la Comunidad Europea no tiene competencias exclusivas respecto a la política común de asilo, por lo tanto, en lo que respecta a la creación de un dispositivo de Protección Temporal para flujos

5. El objeto de la Directiva fiel a esta doble finalidad se reitera en su artículo 1: «La presente Directiva tiene por objeto establecer normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencias masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida».

6. Concretamente, el Considerando número 9 de la Directiva estipula: «Las normas y las medidas están vinculadas y son dependientes entre sí por razones de eficacia, coherencia y solidaridad y con el fin especial de evitar movimientos secundarios. Es, pues, conveniente adoptarlas en un solo instrumento».

masivos de población, actúa en la medida en que resulte un problema supranacional que requiera una actuación a este nivel para su mayor eficacia.

Realmente, la Comunidad ostenta una competencia de atribución que como tal resulta limitada, determinada y expresa, pues deriva de una competencia soberana anterior cuyo ejercicio se ha convenido compartir a nivel comunitario. Tanto la Comunidad como los Estados miembros concurren a regular esta materia de forma que toda intervención en el marco europeo debe responder al juego de los principios de subsidiariedad (artículo 5.2 TCE) y el omnipresente principio de proporcionalidad (artículo 5.3 TCE)<sup>7</sup>. Este campo de competencias compartidas se instrumenta principalmente mediante la *Directiva*, la cual, por definición, necesita de la acción normativa de los Estados (transposición).

Se elige, por tanto, esta determinada fuente de Derecho derivado que permite fijar esas normas mínimas a las que aludía el artículo 63 del Tratado, dejando al mismo tiempo a los Estados miembros –exclusivos destinatarios de la misma<sup>8</sup>–, la elección de la forma y los medios más adecuados para aplicarla en su ordenamiento jurídico y contexto nacional (artículo 249 TCE).

Lo anterior no es óbice, pues, para la convivencia de esta norma con los sistemas nacionales de protección temporal destinados a entrar en acción en virtud de sus peculiaridades concretas. La Directiva de Protección Temporal no supone una suplantación de los mismos, sino un mecanismo alternativo, en la medida en que se haga necesaria esa acción a un nivel superior del estatal, es decir, en caso de afluencia de desplazados de gran magnitud.

La Protección Temporal europea no resulta incompatible con las protecciones temporales nacionales sino que coexiste con ellas. Se trata de una medida que no supone el ejercicio de una competencia exclusiva en materia de protección temporal para los supuestos de flujo masivo, sino que es una estrategia comunitaria que interacciona con la que mantienen los Estados. La «comunitaria» tiene su contenido y reglas de procedimiento concretos (se activa a través de una decisión del Consejo por mayoría cualificada). Eso sí, es una competencia compartida pero en cierto modo «excluyente» porque cuando se inicia la Protección Temporal comunitaria resulta de aplicación

7. El Considerando número 23 de la Directiva establece la referencia obligada a ambos principios medulares del Derecho Comunitario. El primero se justifica en atención a la incapacidad de los Estados miembros de alcanzar de manera suficiente tanto la instauración de normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, como el fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a estas personas y sumir las consecuencias de dicha acogida, y la mejor disposición de la Comunidad, en ese sentido, debido a la dimensión y los efectos de la acción. Por lo que concierne a la proporcionalidad 'el legislador comunitario' considera que la Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

8. No obstante, es oportuno recordar que ni siquiera es aplicable a todos los Estados miembros, pues en virtud de las posibilidades de «recepción a la carta» que permite el Tratado respecto a las disposiciones del Título IV, tanto el Reino Unido e Irlanda como Dinamarca debían decidir su participación en el establecimiento de este dispositivo que, en principio, no resultaba una materia a ellos aplicable (artículo 69 TCE). Finalmente, sólo el Reino Unido mostró su deseo de participar en la adopción de la Directiva, que le así vinculante. Se trata de un dispositivo que sufre de la fragmentación espacial propia de la regulación del «espacio de Libertad, seguridad y justicia»; en consecuencia, su establecimiento será, en tanto se incorporan los Estados candidatos a la adhesión, a trece y no a quince Estados. Los Considerando 24, 25 y 26 de la Directiva se hacen eco de esta circunstancia.

obligatoria para los Estados miembros, los cuales, replegarían o reconducirían sus medidas internas si éstas se hubieran iniciado.

Son normas coherentes con su carácter derivado; no tienen como objetivo suprimir los regímenes nacionales de protección temporal, sino crear uno distinto y complementario. Por este motivo, no cabe que su dispositivo sea aplicable a categorías de desplazados que hayan llegado a las fronteras europeas con anterioridad y que ya disfruten de protección en un Estado miembro<sup>9</sup>. Eso sí, el desplazado que haya entrado en las fronteras comunitarias con el «salvoconducto» comunitario se regirá, necesariamente, por la Directiva. El objetivo está salvado, personas con características similares tienen protección análoga, la decisión soberana del Estado miembro es respetada y el carácter de norma de Derecho derivado, de mínimos, que no pretende suplantar ninguna otra de origen interno, también.

Ahora bien, no se trata de niveles, el comunitario y el nacional, alternativos o excluyentes necesariamente. De entrada, la protección comunitaria establece normas mínimas y no sólo porque se haya articulado a través de una Directiva sino también porque el Tratado –como ya se ha visto y se abundará–, no le ha atribuido a la Comunidad una competencia plena o completa, sino que predetermina un mínimo común denominador europeo compatible con un numerador nacional diverso. Lo que impide el Derecho Comunitario es, en suma, un menor nivel de protección por debajo de ese común denominador. Es más, en realidad, una vez transcurrido el plazo de transposición, ningún ordenamiento nacional podría, no ya sólo establecer un nivel inferior de protección, sino oponerse o condicionar su régimen de protección al margen del sistema europeo.

En la utilización de esta norma de Derecho derivado, pues, subyace la clásica dialéctica entre la tendencia conservacionista estatal de determinadas parcelas que han pertenecido tradicionalmente a su soberanía y que, en consecuencia, quiere regular en exclusividad, de un lado, y la dinámica expansiva que problemas como los desplazamientos masivos de población provocan en los Estados que, superados por las consecuencias de dichos fenómenos, se hallan en la tesitura de ‘compartir’ o ceder parte de su soberanía en este ámbito que se convierte en un área de interés internacional y, por lo tanto, llamada a una mayor actuación a nivel comunitario, de otro.

La Directiva pretende un equilibrio que la convierte en una norma ciertamente compleja. Por un lado, crea un dispositivo de protección temporal europeo común para casos excepcionales de afluencia masiva, mientras que al mismo tiempo pretende la armonización legislativa de los sistemas de acogida nacionales que –confiesa la Comisión– resultaban divergentes, imperfectos y a menudo tuvieron que implantarse de manera precipitada y puntual<sup>10</sup>.

9. En virtud del artículo 3.4: «La presente Directiva no será aplicable a las personas que se hayan sido acogidas en virtud de regímenes de protección temporal con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Directiva».

El artículo contendría una especie de cláusula transitoria en virtud de la cual «la acción común» no se aplicará a las personas que fueron admitidas como beneficiarias de regímenes de protección temporal antes de su adopción. Con esta disposición se pretende no interferir en situaciones existentes, imponiendo derechos distintos a personas admitidas sobre la base de decisiones meramente nacionales.

10. *Vid. Propuesta de Directiva de 2000*, Exposición de Motivos, para. 2.4 y 5, p. 4.

En cuanto norma jurídica, la Directiva de Protección Temporal tiene una naturaleza *mixta*, un contenido *heterogéneo*. En ciertos extremos, se asimila materialmente a un reglamento, no susceptible de transposición nacional. En otros, por el contrario, sí se establecen obligaciones de resultado para los Estados miembros que responden en puridad a la naturaleza propia de una Directiva.

Así, se obtiene como resultado una regulación a medio camino, una comunitarización menor en la cual existen disposiciones de naturaleza reglamentaria (como el procedimiento de activación del dispositivo o la organización de la solidaridad comunitaria), de las que poco cabe trasponer por parte de los Estados. Y, al mismo tiempo, todo un elenco de materias de las que se resuelve un contenido mínimo superable por los Estados (*vgr.* el estatuto de los beneficiarios de la Protección Temporal regulado en el capítulo III de la Directiva). Y otras de las que difícilmente se puede extraer consecuencias *a priori* sin una concreta disposición estatal de ejecución (piénsese en las medidas subsiguientes a la Protección Temporal reguladas en el capítulo V de la Directiva). El régimen de Protección Temporal europeo se refiere a una fase inicial; por definición, no ha comunitarizado el entero tramo de la acogida temporal, no ha asumido todas las competencias en la materia, de ahí su compleja estructura interna.

### 3. LA DIRECTIVA COMO NORMA GENERADORA DE OBLIGACIONES DE RESULTADO

La Directiva impone a los Estados una obligación de resultado que debe ser cumplida en el plazo determinado por la propia norma<sup>11</sup>. La convergencia obligada de las

11. En atención al artículo 32 de la Directiva, el plazo ha expirado el 31 de diciembre de 2002, en concreto la disposición establece: «1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 2002. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión. 2. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia».

Hasta el momento, sólo podemos dar cuenta de la transmisión a la Comisión de la normativa de transposición de la norma por parte de tres Estados miembros: Austria (*Bundesgesetzblatt* 18/12/2001, Teil I, nº 142), Finlandia (*Loi* nº 130, 15/02/2002), Italia (*Legislative Decree* nº 85, 07/04/2003) y Suecia (cuya aplicación ha afectado a varias disposiciones internas: *Aliens Law*: 1989:529; *Law on Homosexual Cohabitation*: 1987:813; *Law on the National Registration* 1991:481; *Law on the Reception of Asylum Seekers and Others, and the Social Insurance Law*: 1999:799). Todas estas modificaciones normativas están siendo examinadas actualmente por la Comisión.

Por lo que hace a España, acaba de adoptarse el *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, *BOE*, núm. 256 de 25 de octubre de 2003, pp. 38160-38167.

Respecto al resto de Estados a los que obliga la Directiva y que aún no ha dado cuenta de la transposición de la misma, se ha de recordar la «posibilidad» (que no obligación) que conserva la Comisión de iniciar un recurso por incumplimiento (artículos 226 a 228 TCE) en su fase precontenciosa de carácter administrativo que pudiera derivar en la fase jurisdiccional sustanciada ante el TJCE y que concluiría con una sentencia. Justo es decir que tras el escrito de requerimiento de la Comisión en relación a los casos de incumplimiento de la obligación de transposición de una directiva, los Estados suelen contestar a la Comisión y así evitar la demanda ante el TJCE.

legislaciones nacionales en ese ‘resultado común’ se identifica con la función *armonizadora* de la Directiva. Se trata de obtener un dispositivo de acogida temporal a nivel europeo cuyo contenido en ocasiones exigiría de unas obligaciones simplemente de recepción de un determinado contenido mientras que en otras, el Estado ha de adoptar las medidas nacionales necesarias para la consecución de específicas normas con objeto de que puedan ser invocadas por los sujetos beneficiarios de las mismas.

La ‘tendencia descentralizadora’ a la que alude el Profesor PELÁEZ MARÓN –respecto a las directivas en general<sup>12</sup>– y que supone la creación de un marco de trabajo para la acción de los Estados a los que se deja libertad –aunque una libertad ciertamente vigilada<sup>13</sup>–, para alcanzar en el ámbito interno de su orden interno los fines que se señalan,. Resulta más limitada en esta ocasión por el efecto directo de algunas de sus disposiciones. A pesar de que el margen de apreciación es innegable en numerosos artículos, –algunos de los más relevantes–, no se puede predicar de su totalidad.

En este ámbito de materias que habitualmente habían sido objeto de determinación *ad hoc*, el valor de la armonización requiere una importancia singular. No sólo se trata de la obtención de un consenso en la definición de conceptos como ‘acogida temporal’, ‘afluencia masiva’, ‘solidaridad comunitaria’, etc. sino que la protección de estos colectivos se hace más efectiva y previsible ante la articulación de un concreto marco normativo que, a pesar de su carácter excepcional y, por tanto, con las limitaciones intrínsecas a su activación, reduce de alguna manera la arbitrariedad anterior. En una visión de conjunto y en prospectiva, la regulación que de estas parcelas se haga en la Unión Europea a personas en peligro influirá notablemente en la protección que otorguen otros Estados en otras partes del mundo.

El carácter de mínimos de la Directiva, –cuyo propio título confiesa en consonancia con las disposiciones del Tratado–, tiene la virtualidad de operar en un sentido dual, tanto negativo como positivo.

Respecto al primero, se trata de las mínimas garantías que han de *informar* todos los cambios legislativos que se produzcan como límite inferior de las mismas. En este sentido, resulta la mayor expresión del valor de la armonización que se persigue. En segundo lugar, dado su carácter de mínimas, admiten sobre las citadas garantías la adopción por parte de los Estados de disposiciones que resulten *más favorables* que los contenidos en dicha resolución.

Así lo recuerda el artículo 3.5, en virtud del cual:

12. Cfr. PELÁEZ MARÓN, J.M. *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 125.

13. En el ámbito de la Directiva, y por lo que respecta a las funciones de la Comisión a este respecto, es preciso recordar el artículo 31 de la misma, en función del cual: «1. Como muy tarde dos años después del plazo fijado en el artículo 32, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva en los Estados miembros, proponiendo, en su caso, las modificaciones necesarias. Los Estados miembros remitirán a la Comisión toda la información pertinente para la preparación de dicho informe. 2. Con posteridad al informe mencionado en el apartado 1, la Comisión informará como mínimo cada 5 años, al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva en los Estados miembros».

«La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la prerrogativa de los Estados miembros de establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de protección temporal»<sup>14</sup>.

Las normas mínimas se definen en consecuencia como mejorables; en ese sentido, cada Estado conserva la posibilidad de regular el dispositivo de Protección Temporal al alza en función de su normativa y características particulares. En la medida en que se pretende una función normativa que guarde cierto equilibrio entre la necesaria determinación común y el respeto a las competencias soberanas de los Estados en la materia, cada país definirá en que consiste su concreto límite superior.

El reparto de competencias implica el anuncio de que la Directiva ha renunciado a la comunitarización de determinados aspectos del régimen de protección comunitaria. Existen parcelas como la duración, activación o cesación del régimen (artículos 4, 5 y 6 de la Directiva), respecto de las cuales nada cabe añadir por parte de los Estados, se trata de disposiciones que gozan de aplicabilidad directa. Sin embargo, existen otras áreas en las que la ausencia de comunitarización provoca importantes asimetrías en el sistema (vgr. la cesación del sistema de protección por expiración del plazo y su relación con el presupuesto de hecho que provocó la activación del régimen, la ausencia de disposiciones en torno a la necesaria coordinación del programa de repatriación voluntaria, etc.), ni siquiera la normativa interna estatal puede evitar tales incongruencias.

Pero incluso respecto de las parcelas en las que cabe cierto margen de maniobra estatal, ésta puede manifestarse de muy diversas formas. En este sentido, la Directiva presenta diferentes posibilidades.

En general, se puede introducir la clásica *obligación concreta* de resultado que permite cierto margen de apreciación estatal, como en los casos en los cuales el Estado dispone si regula bajo ese estándar mínimo o mejora las condiciones estipuladas. En relación a las obligaciones estatales relativas al estatuto que han de gozar los beneficiarios de la acogida —capítulo III de la Directiva, v.gr. acceso a la educación, mercado laboral, alojamiento adecuado, atención sanitaria, etc.—, la Directiva establece obligaciones que son regulables al alza por los Estados. Así, por ejemplo respecto a la asistencia sanitaria, el mínimo se cifra en los cuidados de urgencia y el tratamiento especial de enfermedades; en ese caso, los Estados podrían establecer el acceso de los acogidos a una atención médica completa.

En otras ocasiones, la norma estipula una *posibilidad* más que un mandato; disposiciones éstas que obligan a una necesaria toma de posición estatal verificable en la norma de transposición (v.gr. la Directiva no impone ninguna obligación concreta respecto a la educación de los adultos o la reagrupación familiar de los parientes menos nucleares, en esos casos los Estados han de decidir si permiten o no el disfrute de tales derechos).

14. Cfr. Considerando nº 12 de la Directiva: «De la naturaleza misma de las normas mínimas se desprende que los Estados miembros tienen competencias para establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas».

En tercer lugar, la norma puede remitirse directamente a la normativa interna de cada Estado (*v.gr.* remuneración, sistemas de seguridad social, derecho aplicable una vez finalizada la Protección Temporal), supuesto éste que permite completa libertad al mismo.

Y por último, hay supuestos en los que la Directiva guarda silencio, lagunas que pueden salvar los Estados, en la medida en que se trate de una de sus competencias (piénsese en las peculiaridades de los programas de repatriación de los que ni siquiera se regula la necesaria cooperación entre los Estados al respecto). En consecuencia, se trata, pues, de un sistema que una vez activado es común a todos los Estados miembros pero cuya aplicación práctica requiere el ineludible complemento de la legislación nacional que resulta su *continuum* imprescindible, no sólo por tratarse de una Directiva –la cual por definición lleva aparejada su transposición–, sino porque la norma queda incompleta en su significado sin esa determinación estatal.

La insuficiencia intrínseca de las normas de carácter mínimo es salvada por la colaboración estatal. A su vez implican una *diversidad jurídica* en la transposición de la Directiva entre los Estados miembros. La aplicación de la Protección Temporal puede resultar divergente en función del ejercicio de las competencias que corresponden a los Estados. En este sentido, el dispositivo tiene unas bases comunes pero las respuestas internas no serán unívocas.

Entre el margen de apreciación estatal y el que ostentan las instituciones en la interpretación de determinados conceptos esenciales para el desarrollo del dispositivo –significado de ‘afluencia masiva’, ‘regreso seguro y duradero’, etc.<sup>15</sup>–, no se pueden hallar todas las respuestas sólo con el examen de la normativa; su aplicación práctica y la posible interpretación judicial que se pudiera hacer de ella en el futuro resultará determinante en muchos aspectos.

15. La Comisión y el Consejo se reparten la facultad de apreciación respecto de la concurrencia o no de la afluencia masiva y de las medidas a adoptar (artículo 5 de la Directiva). Aun cuando al Consejo le corresponda la última palabra, es obvio que el ejercicio de esa facultad de propuesta por parte de la Comisión, y de la consiguiente apreciación acerca de la concurrencia del presupuesto de hecho supone un límite o restricción a las facultades del Consejo, por cuanto éstas operan sobre la propuesta de la Comisión. El detalle que se exige como contenido mínimo de la misma –descripción de los grupos concretos de personas a los que se aplicará la protección temporal, una estimación de la magnitud de los movimientos de personas e incluso la fecha en la que surtiría efecto la acogida– da muestras de que resultará del todo determinante. En definitiva, esta división o reparto de competencias en la materia constituye una garantía de acierto y de mejor ejercicio de la política de protección temporal.

El fundamento (artículo 5.4) –elementos de juicio que el Consejo ha de entrar a valorar y que en ningún caso son disponibles– y la motivación (artículo 5.3) –contenido mínimo estipulado por la norma– de la que ha de ir acompañada la decisión de activación define una serie de relaciones entre las instituciones comunitarias, y de éstas con los Estados miembros y con las organizaciones diversas que reflejan la participación en el proceso de los máximos responsables respecto a los desplazados, y con ello, la garantía de que la decisión del Consejo será una decisión fundada en los criterios aportados por éstos, relativizando así, las potestades discrecionales y la falta de formalización del procedimiento. Es de resaltar la labor del Alto Comisionado y otras organizaciones internacionales pertinentes (en palabras de la Directiva) cuya participación está prevista en todo el procedimiento de forma ineludible. Se trata de un deber de participación y consulta que a la Comunidad corresponde satisfacer (artículo 3.3 de la Directiva: «El establecimiento, la aplicación y el cese de la protección temporal se someterán a consultas regulares con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y otras organizaciones internacionales pertinentes»).

Por otro lado, también se trataba de hallar un dispositivo lo suficientemente flexible como para que pudiera adaptarse a las circunstancias diversas que se hallan en el origen de los conflictos que provocan desplazamientos masivos de población y tratarlos de la forma más adecuada a las peculiaridades del mismo. La previsibilidad no debiera entrañar rigidez.

Sea como fuere, conviene sintetizar, primero, que el carácter de norma mínima no deriva sólo, como se ha dicho, de que se articule a través de directivas, sino, ante todo, y en primer lugar, porque ha sido la opción del Tratado; segundo, que norma mínima no es sinónimo ni equivalente, como es obvio, de un sector huérfano de regulación, sino de necesaria colaboración normativa entre un centro del que emanan normas uniformes —la Comunidad—, y otros puntos descentralizados, con regulación complementaria diversa. Por último, acaso quepa advertir, cuanto menos por hipótesis, que la comunitarización ha llegado tan lejos como la solidaridad —el reparto de cargas financiero y personal—, así lo requería, esto es, en la justa medida en que la unificación de conceptos, requisitos y técnicas de protección hacían posible el reparto entre todos los Estados miembros.

### III. CARACTERÍSTICAS SINGULARES DEL DISPOSITIVO

#### 1. El carácter excepcional y colectivo de su ámbito personal

El dispositivo de Protección Temporal europeo está destinado a atender casos excepcionales de afluencia masiva de personas desplazadas. Estos desplazamientos a gran escala se convierten en la esencia del concepto que así lo singulariza.

Se trata de servir de soporte a una situación tan excepcionalmente grave que requiere de la atención comunitaria, la cual, en esos casos, proporciona un sistema de protección colectivo, dirigido a un conjunto de sujetos de los que se predica la necesidad de protección a través de una determinación grupal *prima facie*.

La excepcionalidad no sólo deviene de la magnitud de los mismos sino, de forma especial, deriva del carácter selectivo de los desplazamientos.

Efectivamente, no se trata de atender a cualquier tipo de exilio masivo sino únicamente aquellos que sean fruto de determinados peligros respecto de los cuales la Comunidad reconoce determinadas obligaciones de acogida. Las personas beneficiarias del estatuto previsto por la norma, no serán sólo aquellos huidos a gran escala sino que se trata de una *afluencia cualificada*, por cuanto exige se asocie el éxodo de tal magnitud a la huida en virtud de concretas causas que han sido objeto de un largo consenso de la comunidad internacional acerca de las personas merecedoras de esta clase de protección. De esta forma, el artículo 2 c), define persona desplazada en los siguientes términos:

«Personas desplazadas: los nacionales de un tercer país o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen, o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales, y

cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país, que pueden eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 A de la Convención de Ginebra u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional, y en particular:

- i) las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente;
- ii) las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos».

A continuación y abundando en la anterior afirmación acerca de la importancia no sólo del carácter cualificado de la huida en torno a los peligros asociados a la misma sino también en lo que se refiere a la intensidad del mismo, el artículo 2 d) define afluencia masiva como:

«la llegada a la Comunidad de un número importante de personas desplazadas, procedentes de un país o de una zona geográficamente determinada, independientemente de que su llegada a la Comunidad se haya producido de forma espontánea o con ayuda, por ejemplo, de un programa de evacuación».

Ello convierte el *presupuesto de hecho* que desencadena la iniciación del procedimiento, esto es, la existencia de una ‘afluencia masiva de personas desplazadas’ (artículo 5.1 de la Directiva)<sup>16</sup>, en un concepto jurídico indeterminado que formará parte del margen de apreciación institucional. El desencadenante del sistema de Protección Temporal resulta imposible definirlo *a priori* en todos sus términos; esa dependencia de la definición *ad hoc* resulta una de las características más singulares del dispositivo europeo.

¿Qué características ha de manifestar un desplazamiento humano para que el Consejo lo califique de masivo y ponga en marcha el mecanismo de la Directiva?, ¿se trata de superar un número determinado de desplazados?, o ¿quizás consista en poner el acento en las cualidades del país de acogida que en función de su capacidad o recursos podría verse en mayor o menor medida superado por las circunstancias?, ¿sería posible contabilizar su llegada gradual o en escala o ha de tratarse de un desplazamiento masivo inmediato?

Es difícil encontrar una respuesta certera a todas estas cuestiones. La ‘afluencia masiva’ se nos presenta como un concepto impreciso, lo suficientemente flexible y versátil como para dejar un amplio margen de maniobra al Consejo –sujeto por tanto a las circunstancias históricas que irán marcando las coordenadas de delimitación–, pero sometido al correcto control que permitiría una decisión de carácter discrecional que, en ningún caso, ha de ser arbitraria.

16. Artículo 5.1: «la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas se constatará por una decisión del Consejo adoptada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, que examinará igualmente cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo».

En una interpretación sistemática y teleológica de la Directiva se encuentran con determinados elementos a utilizar que no permitirían una calificación como masivo para cualquier tipo de flujo de desplazados. Ciertamente se trata de un concepto abierto pero en ningún caso el Consejo, en el amplio margen de apreciación que se le ofrece, se encuentra con un cheque en blanco.

En el artículo conceptual –es decir, el artículo 2– se dedica el apartado d) a la descripción de lo que se va a entender por afluencia masiva, a efectos de la Directiva:

«la llegada a la Comunidad de un *número importante* de personas desplazadas, procedentes de un país o de una zona geográficamente determinada, independientemente de que su llegada a la Comunidad se haya producido de forma espontánea o con ayuda, por ejemplo, de un programa de evacuación»<sup>17</sup>.

Si lo unimos a lo dispuesto en el artículo 2 a), el dispositivo de Protección Temporal es un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva, se garantiza protección inmediata y de carácter temporal, «en especial, si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de otras que necesiten protección». Por último, el artículo 5.4 de la Directiva, destinado a describir la activación del sistema de Protección Temporal estipula que el Consejo se basará en «el examen de la situación y magnitud de los movimientos de personas desplazadas».

En consecuencia, del análisis de conjunto es posible interpretar que la afluencia se considera masiva cuando se trate de un ‘número importante de personas’, de ‘magnitud’ y que pudiera desestabilizar el sistema de asilo.

A pesar de que se trata de términos igualmente imprecisos, resulta evidente que se trata de circunstancias excepcionales las que sirven de presupuesto de hecho del dispositivo, el cual no podría activarse ante cualquier tipo de afluencia. El ‘legislador comunitario’ huye de una determinación precisa del número de desplazados –por otro lado, contraproducente y poco realista–, pero ello no puede conducir a una interpretación en la que quepa todo. Dadas las circunstancias en las que está llamada a actuar la Protección Temporal, se ha de tratar de casos verdaderamente excepcionales, de una magnitud tan considerable que obligue a una actuación conjunta de los miembros de la Comunidad.

De entrada resulta llamativo –sin entrar en consideraciones de fondo sobre la definición de afluencia masiva– que ésta no tiene por qué haberse producido realmente, sino que se considera, igualmente, la *posibilidad* de que ocurra –el artículo 2 a) define el dispositivo de protección temporal para la afluencia masiva o *inminencia* de afluencia masiva–, así como desplazamientos en masa *espontáneos* o *controlados*, como por ejemplo a través de un programa de evacuación.

Se pueden producir dos supuestos:

17. La cursiva es de la autora.

1. La afluencia masiva aún no ha llegado a nuestras fronteras pero es previsible que así sea. En este caso, se activaría el procedimiento a modo de prevención tras la evacuación de las posibles incidencias que tal desplazamiento pudiera provocar en los Estados miembros.

Se estaría contemplando la ‘amenaza de afluencia masiva’, circunstancia, por otro lado, que había sido objeto de consideración en los instrumentos anteriores sobre protección temporal (aunque también de crítica por parte de las organizaciones vinculadas a los desplazamientos forzados) de los que se deduce que ésta ha de ser perentoria y no una mera posibilidad.

Los desplazados pueden proceder de un *país concreto o de una zona geográfica determinada*, consciente de que a menudo, los acontecimientos en el origen de estos éxodos –conflictos armados, violación de derechos fundamentales– traspasan las fronteras de un sólo Estado para afectar a regiones más amplias<sup>18</sup>.

Esta cualidad nos demuestra que el sistema de Protección Temporal europeo no está pensado, en exclusiva, para aliviar las colapsadas estructuras del asilo sino que se trata de un dispositivo con sentido en sí mismo, un instrumento que tiene como objetivo dar protección en determinadas situaciones de emergencia y sólo en esas. Lo contrario hubiera supuesto una violación de las obligaciones internacionales en materia de asilo; una devaluación de derechos con la excusa de la incapacidad estructural que, en su caso, hubiera requerido simplemente otras medidas de agilización en el orden interno.

La Protección Temporal tiene otras causas y consecuencias; con un mismo fin: la protección de colectivos en peligro pero con otras inercias.

Eso sí, más allá de la exigencia de que se trate de un país o un área geográfica determinada no existe ningún límite *ratione loci*, se trata de un instrumento geográficamente neutro y en ese sentido, los desplazados pueden provenir, en principio, de cualquier país del mundo. Ni siquiera se especifica *–expressis verbis–* que pertenezcan al área de influencia europea, en la medida en que, desplazamientos tan cercanos a nuestras fronteras pudieran suponer una amenaza a la paz y seguridad en la región y, por tanto, requerir una respuesta europea más inmediata. Esto conecta con el segundo de los supuestos:

2. La segunda hipótesis plantea el supuesto según el cual por las características de la afluencia masiva, ésta nunca llegaría a nuestras fronteras. Así las cosas, en ningún caso se llegarían a desestabilizar las estructuras de asilo, no obstante, se podrían tomar en consideración otras cuestiones relacionadas con la responsabilidad de la Comunidad respecto a los problemas de carácter global –solidaridad con terceros países

18. La expresión fue introducida por la Propuesta de Acción Común modificada de 1998 gracias a una enmienda presentada por el Parlamento Europeo. PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a unas normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a estas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida. Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos de Interior (Ponente: Jan-Kees Wiebenga), A5-0077/2001, 28 de febrero de 2001. (En adelante, Informe sobre la Propuesta de Directiva), enmienda número 6.

que sufren las consecuencias de la afluencia a gran escala incidiendo en la seguridad regional o internacionalizada— para adoptar la decisión de evacuar a las poblaciones afectadas. No se trata de un añadido banal, una posibilidad más sin trascendencia jurídica; muy al contrario, los desplazamientos programados condicionan algunas de las características del dispositivo: permite la amenaza de la afluencia masiva no exigiendo un cruce real de fronteras europeas; atiende desplazados provenientes de países o zonas geográficas alejadas de Europa. Es por ello que hubiera sido necesario mayores concreciones sobre la institución de la evacuación —ya que no fue contemplada en instrumentos jurídicos anteriores por lo que se dispone de escasos datos sobre sus características, dejando al margen la experiencia adquirida en el conflicto de la ex Yugoslavia—. En tanto que producto netamente comunitario por cuanto forma parte del ámbito de decisión institucional, así como su concreción material y se halla en estrecha relación con la Política Exterior y de Seguridad Común, no cabe extraer consecuencias sobre sus peculiaridades de la transposición de la norma por parte de los Estados sino que hubiera sido más congruente establecer unos mínimos requisitos si quiera procedimentales, en la propia norma directriz, aunque su concreción pormenorizada hubiera de estar vinculada o sujeta a las peculiaridades del caso concreto<sup>19</sup>.

En cualquier caso, aunque la norma no establece que la afluencia masiva tenga necesariamente que suponer un peligro para el correcto funcionamiento del procedimiento diseñado para las solicitudes de asilo, se pretende su implantación especialmente en esos casos, pero en definitiva, el vínculo entre las particularidades de la afluencia masiva y la posibilidad de que ésta pudiera impedir una adecuada determinación del estatuto de refugiado no deja de resultar un indicador de la magnitud de los desplazamientos.

## 2. La protección inmediata y temporal.

En la medida en que el procedimiento de determinación de las personas beneficiarias de acogida temporal es un mecanismo centralizado y basado en un análisis *prima facie* resulta más ágil —en ausencia de una investigación del origen del éxodo de forma individualizada— y en consecuencia permite ofrecer una protección *inmediata* a aquellos que se considera se hallan necesitados de protección internacional.

Basta que el Consejo constate la existencia de una afluencia masiva y describa el grupo concreto de individuos a los que se ha de aplicar la Protección Temporal para que todos aquellos que se considere provengan de la zona afectada y sean originarios

19. En este sentido, el Comité de las Regiones, en su Dictamen sobre la norma, consideró que la Directiva debía prever, en caso de que fuese necesaria la evacuación de personas, un criterio de selección de los beneficiarios en el país de origen que debiera definirse en común por los Estados miembros de acogida. COMITÉ DE LAS REGIONES, *Dictamen del Comité de las Regiones de 13 de junio de 2001 sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a unas normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a estas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida»*. COM (2000) 303 final. punto 21.

del grupo en peligro sean acreedores del estatuto cualificado de extranjería que lleva aparejado en los Estados miembros.

El hecho de que la acogida sea inminente y el estándar de derechos equilibrado<sup>20</sup> viene condicionado por su carácter *temporal*, —a sensu contrario, también pudiera afirmarse que es precisamente la cualidad de la temporalidad la que coadyuva a la creación de las propias obligaciones de acogida inmediata y al logro de un equitativo estándar de derechos—.

Al igual que la excepcionalidad del dispositivo previsto por la Directiva resulta consecuencia de su presupuesto de hecho, esto es, la afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que debido a sus circunstancias impide el regreso de éstos, la temporalidad en la acogida tiene su origen, precisamente, en ese carácter excepcional. La temporalidad se predica de la afluencia a gran escala, en función de que tal es el objeto de su regulación<sup>21</sup>.

Efectivamente, el sistema de Protección Temporal nace con fecha de caducidad (artículo 4 de la Directiva<sup>22</sup>), tiene un plazo determinado de duración que puede prolongarse en función de las circunstancias en el país de origen hasta un máximo de *tres años*. Esta temporalidad se basa en la creencia de que tal exilio cuenta con determinadas cualidades que hacen del mismo un trance que pudiera encontrar vías de solución a corto plazo. La demostración de tal cambio en las circunstancias subyacentes al éxodo masivo se determinará cuando sea posible el regreso seguro y duradero de los beneficiarios de la acogida. El retorno de los desplazados se convierte así en le término natural del sistema una vez que los esfuerzos internacionales han dado sus frutos y el país de origen ha dejado de ser un peligro para sus ciudadanos.

20. Efectivamente, es de resaltar el consenso alcanzado en el reconocimiento de derechos de los desplazados, habida cuenta de la disparidad que albergaban los sistemas nacionales de protección. El estándar mínimo de protección que la Directiva establece en lo que al estatuto de derechos se refiere (Capítulo III de la Directiva: artículos 8-16) no sólo respeta y es compatible con las exigencias derivadas del Derecho internacional y europeo, sino que las supera. HOFMANN, R. *op. cit.*, p. 880. No obstante lo cual, sería deseable que los Estados optasen al alza en la definición de ciertos contenidos de algunos derechos que la Directiva deja a la libre configuración del legislador nacional, y ello tanto porque la duración de la estancia puede alcanzar los tres años, como por el hecho de que el colectivo objeto de protección resulta especialmente vulnerable y así se aconsejaría. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho de acceso a los servicios médicos en general, y no sólo a los cuidados de urgencia y tratamiento especial de enfermedades; del derecho a la educación de adultos; a la reagrupación familiar menos nuclear o a la libre circulación por el territorio de los Estados miembros con los requisitos convencionales y temporales necesarios.

21. *Cfr.* Considerando número 13 de la Directiva: «Dado el carácter excepcional de lo dispuesto en la presente Directiva para afrontar una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países imposibilitados para el regreso, o la inminencia de tal afluencia, la protección ofrecida deberá ser de duración limitada».

22. Como puede comprobarse en la lectura del artículo 4, la Directiva prevé un primer año de duración, una prórroga *automática* y una prórroga *expresa o deliberada*. Artículo 4: «1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 6, la duración de la protección será de un año. De no cesar de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 6, será prorrogable automáticamente por periodos de seis meses durante un plazo máximo de un año. 2. En caso de que persistan los motivos para la protección temporal, el Consejo podrá decidir por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que estudiará a su vez cualquier solicitud de un Estado miembro d que presente una propuesta al Consejo, prorrogar dicha protección durante un año como máximo».

Esta dependencia de la evolución que se produzca en el país de origen provoca un diálogo necesario entre la Comunidad y estos países que se convierte en una de las particularidades más singulares del sistema. Existiría, así, una indirecta obligación de cooperación en la solución de las causas del exilio.

La viabilidad del 'regreso seguro y duradero' se convierte en una vara de medir la propia necesidad del sistema. Es el indicador elegido por el dispositivo europeo como parámetro de control de su mayor o menor vigencia en el tiempo. El retorno a casa es uno de los pilares en los que se basa la Protección Temporal que resulta *tendencialmente restitutoria*. Es una estrategia dual que combina un estatuto que permite cierta integración (educación, acceso al mercado laboral, etc.) y la repatriación como término natural del sistema. No tiene por qué ser un proceso contradictorio. De hecho, la integración puede ser vista como un prerequisite para mejorar la repatriación.

Resulta por tanto una protección interina en la medida en que imposibilitado el regreso de los desplazados durante ese lapso de tiempo el dispositivo de Protección Temporal finaliza ineludiblemente para entrar a colación otras medidas subsiguientes en el marco de la legislación estatal de extranjería y protección (artículo 20 de la Directiva<sup>23</sup>). Si las circunstancias en el país de origen que provocaron el flujo masivo no se han erradicado, la acogida temporal no deviene en una integración definitiva en el país de acogida de forma automática sino que el dispositivo deja de ser aplicable por completo, su función finaliza y entonces se ha de recurrir a otros medios en Derecho.

La Protección Temporal tiene una vigencia muy concreta, unas determinadas coordenadas de espacio y tiempo; no obstante, al formar parte de un engranaje con más piezas, su cesación no ha de implicar la desprotección de los beneficiarios sino la puesta en funcionamiento de otros dispositivos al efecto.

### **3. Procedimiento basado en la llamada «solidaridad comunitaria»**

El Considerando número 20 de la Directiva destaca que:

«Es necesario establecer un mecanismo de solidaridad para fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida. Este mecanismo deberá presentar dos aspectos. El primer aspecto es financiero y el segundo aspecto se basa en la acogida de las personas en los Estados miembros».

El capítulo VI de la Directiva establece las peculiaridades de dicho mecanismo que supone un reparto de las responsabilidades de carácter físico, en la medida en que se

23. *Vid.* Artículo 20. «Una vez haya finalizado la protección temporal, se aplicará el Derecho general en materia de protección y extranjería en los Estados miembros, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21, 22 y 23».

procede a una distribución de personas desplazadas entre los Estados miembros, y financiero, por cuanto se basa en el apoyo económico del Fondo Europeo de los Refugiados<sup>24</sup> que sufragaría parte de la carga económica producida.

De esta forma la solidaridad comunitaria pretende ir más allá de la mera cooperación interestatal igualmente necesaria para la implantación de dispositivos comunes entre los Estados –piénsese en la imprescindible colaboración requerida en aspectos como la reagrupación familiar de los beneficiarios dispersos entre distintos Estados miembros (artículo 15 de la Directiva), el traslado de residencia de las personas acogidas (artículo 26 de la Directiva) o la más general cooperación administrativa que estipula las condiciones materiales para la mayor efectividad de esa colaboración entre los Estados y con la Comisión como interlocutor institucional (artículo 27 de la Directiva)–, para hacer efectivo el llamamiento del Tratado a la realización de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros a través del artículo 63. 2.b TCE que suponía ir más allá de la mera cooperación para llegar a la ‘solidaridad comunitaria.

El capítulo VI de la Directiva que integra los artículos 24 a 26 de la misma, configura un mecanismo real de reparto de la carga en materia de refugiados y personas desplazadas que resultan previamente institucionalizados cuando se trata de fórmulas financieras (la Decisión del FER), pero dependientes de las disponibilidades de acogida *ad hoc* que manifiesten los Estados en caso de distribución de los individuos en sus países.

Efectivamente y en atención al tenor de los artículos 24 y 25.1, puede comprobarse la conclusión anterior:

Artículo 24 «Las medidas contempladas en la presente Directiva se beneficiarán del Fondo Europeo para los Refugiados creado en virtud de la Decisión 2000/596/CE con arreglo a las condiciones establecidas en dicha Decisión».

Artículo 25 «1. Los Estados miembros acogerán con espíritu de solidaridad comunitaria a las personas que pueden optar al régimen de protección temporal. Indicarán sus disponibilidades de acogida de manera numérica o general. Estas indicaciones figurarán en la decisión del Consejo a la que se refiere el artículo 5. Los Estados miembros podrán señalar la existencia de disponibilidades suplementarias de acogida con posterioridad a la adopción de la decisión, notificándolo al Consejo y a la Comisión. Se informará rápidamente al ACNUR de dichas indicaciones».

24. Fondo creado por *Decisión 2000/596/CE del Consejo, de 28 de septiembre de 2000*. DOCE nº. L 252 de 06/10/2000, p. 0012 (la Decisión del FER). En los Considerandos 1 y 2 de la Decisión se subraya: «La elaboración de una política común en materia de asilo, que incluya un régimen de asilo europeo común, es un elemento constitutivo del objetivo de la Unión Europea de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a quienes, obligados por las circunstancias, buscan legítimamente protección en la Unión Europea.

La aplicación de dicha política debe basarse en la solidaridad entre los Estados miembros y supone la existencia de mecanismos que contribuyan a lograr el equilibrio entre los esfuerzos realizados por los Estados miembros para acoger a los refugiados y personas desplazadas y soportar las consecuencias de dicha acogida (...).

La norma ha renunciado a establecer unos concretos criterios o cuotas fijas automáticas de reparto, idénticas para todo tipo de conflicto. Este menester lo ha confiado a la manifestación de disponibilidad por parte de los Estados y cada caso en particular. Tal ha sido el consenso finalmente adoptado. Antes de que el Consejo decida poner en marcha el dispositivo de acogida, los Estados tienen el deber de indicar dicha disponibilidad, lo cual, al menos, garantiza que la decisión de conceder tal protección sea coherente, pues estará basada en el voto favorable de los miembros y sobre la base también de la suma de las disponibilidades de todos.

El Consejo adopta la decisión de aplicar la protección temporal sin que se le permita imponer criterios de reparto, sino que debe adaptarse a la voluntad soberana que, en este sentido, manifiesten los Estados. En todo caso, éstos están sujetos al principio de lealtad comunitaria (artículo 10 TCE) y por un compromiso basado en la buena fe, si deciden emitir declaraciones negativas, esto es, manifestando la imposibilidad de poner en práctica la oferta voluntaria, deberán motivarlo debidamente.

Lo realmente relevante de esta cuestión, pues, es si la posibilidad de que un número destacado de Estados no mostrara su disposición de acogida pudiera llevar aparejado un efecto paralizante del procedimiento de activación de la Protección Temporal, esto es, el riesgo de llegar a vaciar de contenido la obligación imperativa que parece deducirse del artículo 25.1. En este caso, el *burden sharing* se convertiría en una condición de acogida, algo que se había criticado por parte de todos los sectores como inevitable incumplimiento del principio de *non refoulement*.

Ahora bien, para enmarcar adecuadamente esta problemática ha de tomarse en consideración dos datos relevantes en un análisis sistemático del procedimiento:

Por un lado, que las razones en las que fundar la negativa a la acogida habrán de ser en todo caso objetivas y justificables, a la luz de todos los principios que surcan la Directiva (no devolución, solidaridad, etc.).

Por otro, que la activación del sistema de Protección Temporal no puede quedar comprometida por causas o razones de determinados Estados, en rigor exógenas o extrínsecas al presupuesto mismo que le da vida a esta forma de tutela.

Por más que el Consejo pudiera albergar un amplio margen de maniobra –por voluntad de la norma– acerca de lo que es afluencia masiva y de los demás requisitos que han de concurrir para que se ponga en marcha el sistema, no es en modo alguno tan ‘elástico’ como para dejarlo inactivo por el mero hecho de que algunos Estados invoquen razones internas para justificar una disponibilidad menor. La afluencia masiva, con los adjetivos necesarios que la norma exige, existirá con independencia de la mayor o menor disponibilidad de más o menos Estados. Una cosa es la disponibilidad y otra, muy distinta, que se den real y efectivamente las condiciones previstas en la Directiva para dispensar la Protección Temporal. De ahí que, entre otras consecuencias, las razones en pro de una escasa acogida tendrán tanto menor consistencia y fundamento cuanto más evidente sea la afluencia a gran escala a la que se refiere la Directiva. La norma es más sabia que el legislador, por decirlo con el viejo aforismo, y aunque con su aprobación no se fuera del todo consciente, lo cierto es que la excusa habrá de ceder ante la obligación jurídica como la que dimana del concepto

mismo de protección temporal. En suma, en caso de conflicto real, esto es, en la hipótesis de que las pretendidas razones estatales pudieran poner en peligro la viabilidad del dispositivo en sí, no podrían validamente esgrimirse.

#### **4. La Protección Temporal como pieza de un conjunto de posibilidades de la Unión frente a los desafíos de la afluencia masiva**

Para finalizar con esta breve panorámica sobre las características singulares del dispositivo europeo se ha de atender al carácter subsidiario de este sistema de protección.

La Protección Temporal se presenta como una pieza más de un conjunto de medidas a través de las cuales se pretende abordar los grandes desafíos que plantean los desplazamientos en masa. En absoluto se considera que esta normativa pudiera ser la única respuesta o la solución definitiva a este problema de tan complejas dimensiones y consecuencias a nivel internacional.

Más bien al contrario resulta una respuesta *modesta*, un complemento de carácter excepcional que pudiera solventar las primarias necesidades de protección y asistencia de los individuos por cuanto la acogida en los Estados miembros significará que la causa subyacente al exilio no ha podido prevenirse —precariedad de los instrumentos internacionales de prevención de conflictos armados, violación de los derechos fundamentales, etc.—, ni solventarse.

Los mecanismos de asistencia e intervención pueden resultar insuficientes o no haber obtenido aún el resultado previsto. En función del artículo 5.4.b) el Consejo decidirá la aplicación de la Protección Temporal tras la valoración de las posibilidades de ayuda de urgencia y de acciones *in situ*, y de ahí al carácter subsidiario igualmente.

Asimismo, en la medida en que el Consejo considera oportuna la utilización de un procedimiento europeo de Protección Temporal significa que también la acogida en los Estados miembros a través de los tradicionales procedimientos de asilo no resulta suficiente o eficaz para abordar un desplazamiento de gran magnitud.

La temporalidad, su ámbito de protección para unas concretas coordenadas de espacio y tiempo, son coherentes con su carácter subsidiario.

En cualquier caso, la acogida temporal aunque subsidiaria de todas estas medidas no signifique que halla de ser excluyente de las mismas ni mucho menos que no sirva para el logro de ese objetivo común. Muy al contrario, se considera que el dispositivo ha de ser parte de una estrategia para restaurar la paz y la estabilidad en zonas castigadas por la guerra. Su carácter temporal y enfocado al retorno implica una responsabilidad indirecta en la solución de las causas originarias del exilio.

La incidencia en el retorno de los exiliados añade al dispositivo una cualidad adicional. La Protección Temporal no sólo supone una respuesta al dilema inmediato de la falta de protección que sufren los desplazados, sino que, a través de la insistencia en su solución prioritaria, procuraría el término o alivio del origen de ese exilio for-

zado (el conflicto, peligro o amenaza que lo provocó), en la medida en que resulta un requisito ineludible para la vuelta a casa. De alguna manera, acudiría a la fuente del problema consiguiendo –siempre que el retorno sea posible– evitar lo que se ha venido a llamar el ‘institucionalizing exile’.

El sistema de Protección Temporal llevaría implícito un esfuerzo por la resolución de la contienda<sup>25</sup>. El compromiso de las instituciones y los Estados en la vuelta de los desplazados pretendería, de este modo, una especie de *restitutio in integrum*. La oferta de acogida temporal implicaría una responsabilidad activa para mejorar la situación existente en el país de origen, con el fin de que los desplazados pudieran retornar voluntariamente y en condiciones razonablemente seguras. En consecuencia, las medidas a favor de este objetivo se asocian, cada vez más estrechamente, a los esfuerzos por conseguir la pacificación y el mantenimiento de la seguridad en los países de origen<sup>26</sup>.

Pudiera pensarse que, hoy día, existe una mayor implicación de la comunidad internacional en la resolución de los conflictos internacionales que se encuentran en el origen de los desplazamientos masivos. Si ello fuera así, la protección internacional (ya fuera a través del asilo u otras fórmulas) que en un principio iba dirigida a restaurar ‘la protección estatal’ del exiliado –bien a través de su Estado de origen o de otro tercero–; tendría un objetivo añadido al establecer una prelación entre las soluciones finales. En la medida en que se prime el retorno a casa, se estaría procurando ese objetivo originario a la vez que se estaría en condiciones de un mayor compromiso en la resolución de los peligros causantes de la huida forzada.

25. Es posible recordar aquí las palabras de la Alta Comisionada respecto al conflicto en la antigua Yugoslavia: «One of the principal reasons for applying the term «temporary» to protection given to persons fleeing conflicts or acute crises in their country of origins is the expectation –or at least the hope–, that international efforts to resolve the crisis will, within a fairly short period, produce results that will enable the refugees to exercise their right to return home safely. This focus on return as the most likely and appropriated solution (...)».

ACNUR, Comité Ejecutivo. *Note on International Protection*, A/AC.96/830, Forty-fifth session, 7 septiembre de 1994, para. 45.

26. En el mismo sentido concluye el Profesor Trujillo Herrera en su referencia al modelo de Protección Temporal: «Cabe decir, globalmente, que el sistema comunitario analizado constituye un vehículo idóneo para hacer frente a los capítulos de afluencia masiva y súbita de personas acaecidos en los últimos años. Se podría discutir su duración, sus beneficios sociales, el concepto de ‘persona desplazada’ utilizado, o sobre la necesaria participación comunitaria en el retorno a los países de origen, pero su existencia supone un compromiso de implicación europea en los conflictos generadores de desplazados típicos del mundo de la postguerra fría».

TRUJILLO HERRERA, R. *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*, Dickinson, Cabildo Insular de Tenerife, Madrid, 2003, p. 355.