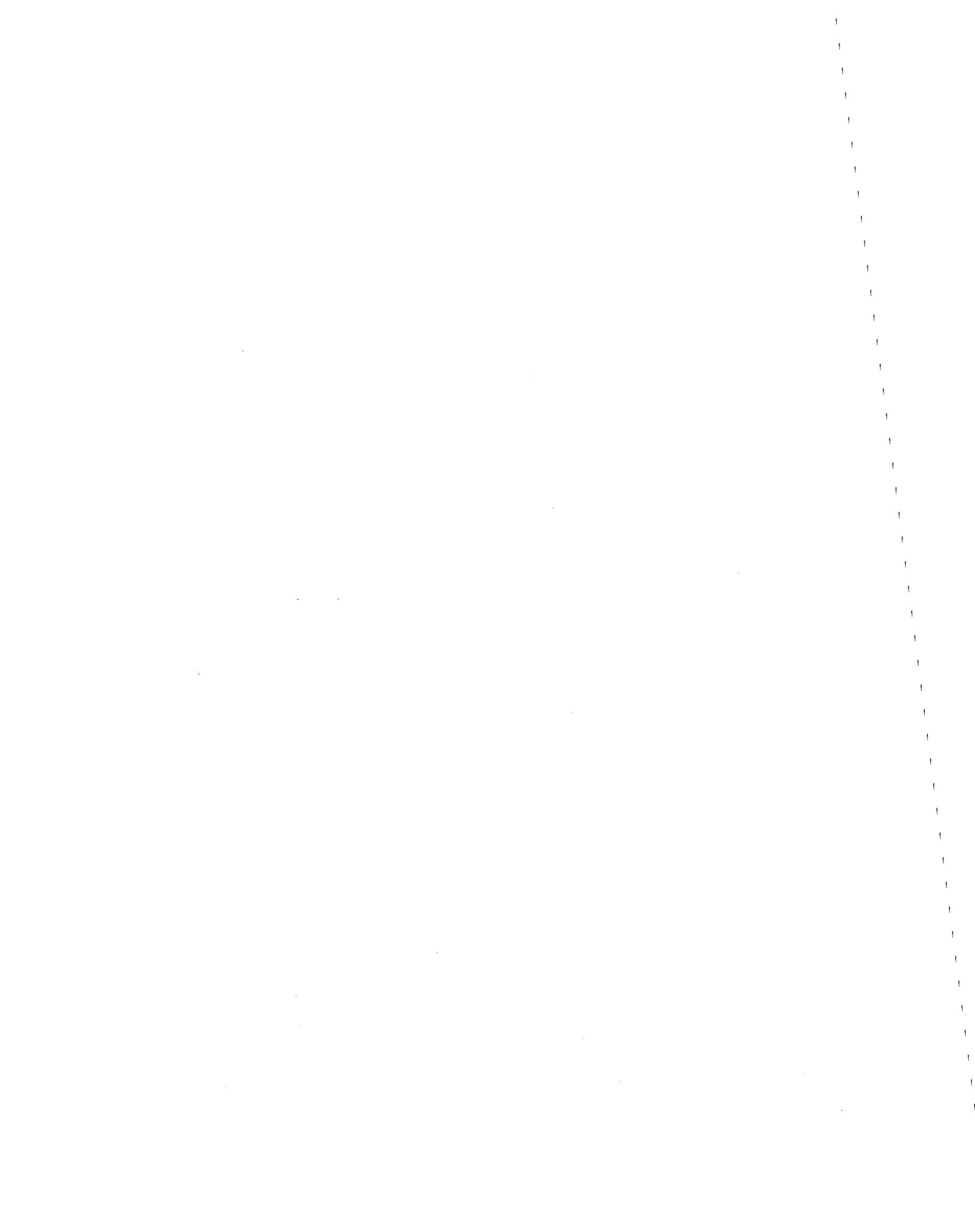


EL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL DE DESPLAZADOS EN LA EUROPA COMUNITARIA

NURIA ARENAS HIDALGO



Universidad de Huelva
PUBLICACIONES



EL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL DE
DESPLAZADOS EN LA EUROPA COMUNITARIA

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL DE DESPLAZADOS EN LA EUROPA COMUNITARIA

NURIA ARENAS HIDALGO



Universidad
de Huelva



BARTOLOMÉ DE LAS CASAS



2005



Servicio de Publicaciones
Universidad de Huelva



Nuria Arenas Hidalgo

Tipografía

Textos realizados en tipo Garmond de cuerpo 10-12, notas en
Garamond de cuerpo 8^{auto} y cabeceras en versalitas de cuerpo 8

Papel:

Offset industrial ahuesado de 80 g/m²

Encuadernación:

Rústica, cosido con hilo vegetal

I.S.B.N.

84-96373-62-2

Depósito Legal

H-192-2005

Imprime

Essan Gráfico, S.L.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo la fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de reproducción, sin permiso escrito del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva.

C.E.P.

Biblioteca Universitaria

ARENAS HIDALGO, Nuria

El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria / Nuria Arenas Hidalgo. - Huelva: Universidad de Huelva, [2005]

395 p.: 21 cm. -- (Bartolomé de las Casas; 9)

Tesis-Universidad de Huelva

ISBN 84-96373-62-2

1. Derecho comunitario. 2. Derechos humanos (Derecho internacional). 3. Derecho internacional. I. Universidad de Huelva. II. Título. III. Serie.

341.04

341.215.4

341.231

*A mis padres:
D. Francisco Arena Atalaya y
Dña. Juana Hidalgo Hernández*

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	17
NOTA DE AGRADECIMIENTO	21
ABREVIATURAS	23
PRESENTACIÓN	25

CAPÍTULO PRIMERO

SOBRE EL CONTEXTO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL EUROPEO EN LA DINÁMICA PRECEDENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

I. LA COMPLEJIDAD DEL FENÓMENO DE LOS DESPLAZAMIENTOS FORZOSOS Y MASIVOS DE POBLACIÓN Y LOS MÚLTIPLES DESAFÍOS (ENFOQUES Y PERSPECTIVAS) QUE ENTRAÑA PARA LA REGULACIÓN JURÍDICO-INTERNACIONAL. EL RESURGIMIENTO DE UNA RENOVADA ACOGIDA TEMPORAL COMO RESPUESTA	39
II. LA REGULACIÓN DE LA ACOGIDA TEMPORAL Y LA CLÁSICA DIALÉCTICA ENTRE EL MANTENIMIENTO DE LOS PODERES SOBERANOS Y LOS LÍMITES QUE LE IMPONE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. TODA REGULACIÓN –Y LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN TEMPORAL ES UN CLARO EXPONENTE– RESULTA FRUTO DE ESTE DELICADO EQUILIBRIO	43
III. LA AUSENCIA DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES INTERNACIONALES DE CARÁCTER GENERAL QUE ATIENDAN LOS DESPLAZAMIENTOS MASIVOS DE POBLACIÓN. LAS RESPUESTAS <i>AD HOC</i> Y LA ASISTENCIA INTERNACIONAL EN LA GESTACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE ACOGIDA TEMPORAL	46
IV. LA CONVENCIÓN DE GINEBRA SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 1951 Y SU PROTOCOLO ADICIONAL DE 1967. LA DETERMINACIÓN SINGULAR DEL ESTATUTO Y EL CARÁCTER INDIVIDUALIZADO DE LA PERSECUCIÓN <i>VERSUS</i> LA DETERMINACIÓN GRUPAL <i>PRIMA FACIE</i> Y LA NATURALEZA MIXTA DE LOS ÉXODOS MASIVOS	49
V. LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN GENERAL DE TODO ESTADO DE PERMITIR LA ENTRADA Y AL MENOS EL “REFUGIO TEMPORAL” EN CASO DE SER APLICABLE EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN A CASOS DE DESPLAZAMIENTO A GRAN ESCALA	56
VI. DEL <i>TEMPORARY REFUGE</i> A LA PROTECCIÓN TEMPORAL: CONFORMACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ACOGIDA TEMPORAL	63
VII. LA APROXIMACIÓN COMÚN A LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN EL MARCO DE LA EUROPA COMUNITARIA. EL ÚLTIMO PASO EN LA EVOLUCIÓN PRECEDENTE	75

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL EUROPEO

I. LA REGULACIÓN COMUNITARIA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL.	
LA DIRECTIVA	85
1. EL DISPOSITIVO DE PROTECCIÓN TEMPORAL EUROPEO:	
UNA COMUNITARIZACIÓN LIMITADA	88
2. LA DIRECTIVA COMO NORMA GENERADORA DE OBLIGACIONES DE	
RESULTADO	90
II. CONCEPTO EN SENTIDO ESTRICTO: LA PROTECCIÓN TEMPORAL EUROPEA	94
III. CARACTERÍSTICAS SINGULARES DEL DISPOSITIVO	95
1. SISTEMA DE PROTECCIÓN COLECTIVO: LA AFLUENCIA MASIVA COMO PRESU-	
PUESTO DE HECHO. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PROTECCIÓN TEMPO-	
RAL EUROPEA	95
2. DISPOSITIVO SUBSIDIARIO DE PROTECCIÓN INMEDIATA Y DE CARÁCTER TEMPORAL	103
3. PROCEDIMIENTO BASADO EN EL ESFUERZO EQUITATIVO ENTRE LOS ESTADOS	
MIEMBROS	105

CAPÍTULO TERCERO

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA. LOS COLECTIVOS BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL

I. LAS "PERSONAS DIGNAS DE SER ACOGIDAS TEMPORALMENTE". LA AFLUENCIA MASI-	
VA CUALIFICADA	109
II. BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL: EL CONCEPTO DE "PERSONA	
DESPLAZADA" EN LA DIRECTIVA EUROPEA	117
1. POTENCIALES REFUGIADOS: PERSONAS DESPLAZADAS DE TERCEROS PAÍSES QUE	
PUDIERAN SER CONSIDERADAS REFUGIADOS SEGÚN EL ARTÍCULO 1 A 2 DE LA	
CONVENCIÓN DE GINEBRA	117
2. PERSONAS DESPLAZADAS DE TERCEROS PAÍSES PROTEGIDAS POR OTROS INSTRU-	
MENTOS INTERNACIONALES O NACIONALES DE PROTECCIÓN	
INTERNACIONAL	119
3. CASOS PARTICULARES	121
A. PERSONAS QUE HAYAN HUIDO DE ZONAS DE CONFLICTO ARMADO O DE	
VIOLENCIA PERMANENTE	121
B. PERSONAS QUE HAYAN ESTADO O ESTÉN EN PELIGRO GRAVE DE VERSE	
EXPUESTAS A UNA VIOLACIÓN SISTEMÁTICA O GENERALIZADA DE LOS	
DERECHOS HUMANOS	122
4. GRUPO SUPLEMENTARIO: OTRAS CATEGORÍAS DE PERSONAS DESPLAZADAS QUE	
PROVENGAN DEL MISMO LUGAR Y SE HAYAN DESPLAZADO POR LAS MISMAS	
RAZONES	124

III. OTRAS CONDICIONES INICIALES	127
1. LA EXCLUSIÓN DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS	128
2. LA INCLUSIÓN DE LAS "PERSONAS DESPLAZADAS INTERNAS" COMO POTENCIA- LES BENEFICIARIOS DE LA ACOGIDA TEMPORAL A TRAVÉS DE LA EVACUACIÓN	129
IV. LAS PERSONAS EXCLUIDAS DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL. LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA	132
1. CRITERIOS SUSTANTIVOS. MOTIVOS POR LOS QUE UNA PERSONA PUEDE SER EXCLUIDA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL	135
A. ACTOS DELICTIVOS COMETIDOS CON ANTERIORIDAD A LA ACOGIDA EN EL ESTADO MIEMBRO	136
B. ACTOS DELICTIVOS COMETIDOS EN EL TERRITORIO DEL ESTADO MIEMBRO DE ACOGIDA	142
2. LÍMITES JURÍDICOS A LA UTILIZACIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN	143

CAPÍTULO CUARTO

EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL DERECHOS GARANTIZADOS

I. CONSIDERACIONES GENERALES. EL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN Y SU NECESARIA COMPATIBILIDAD CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN LA MATERIA	149
1. MARCO INTERNACIONAL	152
2. MARCO EUROPEO	157
II. DERECHOS GARANTIZADOS	160
1. PERMISOS DE RESIDENCIA Y VISADOS	162
2. INFORMACIÓN ACERCA DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL	165
3. REGISTRO	166
4. LA POLÉMICA AUSENCIA DE LIBERTAD DE CIRCULACIÓN	167
5. DERECHOS LABORALES. EL <i>PRINCIPIO DE PREFERENCIA COMUNITARIA</i> COMO LÍMITE AL ACCESO AL MERCADO LABORAL	169
6. EL DERECHO A UN "NIVEL DE VIDA ADECUADO" Y A LA ATENCIÓN MÉDICA	173
7. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	175
8. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR	176
9. OBLIGACIONES RESPECTO A LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS	182
10. EL DERECHO A SOLICITAR ASILO. ¿LA SUSPENSIÓN DE SU DETERMINACIÓN Y LA INCOMPATIBILIDAD DE ESTATUTOS REFUGIADO Y "ACOGIDO TEMPORAL" SON LÍMITES POSIBLES?	184

CAPÍTULO QUINTO

COMPETENCIAS DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS Y LOS ESTADOS MIEMBROS; PROCEDIMIENTO Y FORMA DE EJERCICIO RESPECTO DE LA DURACIÓN Y APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL

I. EL PROCEDIMIENTO DE ACTIVACIÓN O APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL: PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIAS	193
1. PRESUPUESTO DE HECHO QUE DESENCADENA LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENT: LA EXISTENCIA DE "UNA AFLUENCIA MASIVA DE PERSONAS DESPLAZADAS". LAS FACULTADES DE APRECIACIÓN	194
A. LA CONCURRENCIA DEL PRESUPUESTO DE HECHO	194
B. FACULTADES DE APRECIACIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DEL PRESUPUESTO DE HECHO	195

2. COMPETENCIAS COMUNITARIAS Y ESTATALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN TEMPORAL.....	197
3. PROCEDIMIENTO DE INICIACIÓN: ÓRGANO COMPETENTE Y RELACIONES INSTITUCIONALES	198
A. COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS:	199
A. FACULTAD PARA INTERESAR DE LA COMISIÓN EL EJERCICIO DE SUS POTESTADES DE INICIACIÓN MEDIANTE PROPUESTA	199
B. EL DEBER DE SOLIDARIDAD Y LA FACULTAD DE EXPRESAR SU DISPOSICIÓN	200
B. COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN EUROPEA	201
A. FACULTAD DE PROPUESTA	201
B. CONTENIDO DE LA PROPUESTA	201
C. COMPETENCIAS DEL CONSEJO: LA DECISIÓN DE ADOPTAR EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE PROTECCIÓN TEMPORAL.....	202
D. COMPETENCIAS DEL PARLAMENTO EUROPEO	204
4. LA DECISIÓN DE APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL: FUNDAMENTO Y MOTIVACIÓN	204
A. LA AUSENCIA DE REQUISITOS <i>RATIONE TEMPORIS</i>	204
B. FUNDAMENTO Y MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN	206
A. FUNDAMENTO:	207
1. LAS CARACTERÍSTICAS DEL MOVIMIENTO DE DESPLAZADOS	207
2. SOLUCIONES PREVIAS. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL	208
3. LA INFORMACIÓN COMUNICADA POR LOS ESTADOS MIEMBROS, LA COMISIÓN, EL ACNUR Y OTRAS ORGANIZACIONES PERTINENTES	212
B. MOTIVACIÓN:	214
1. LAS DECISIONES DE FONDO: <i>QUIÉN Y CUÁNDO</i>	215
2. CONTENIDO INFORMATIVO	216
II. CESACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN TEMPORAL: CAUSAS Y PROCEDIMIENTO	217
1. INTRODUCCIÓN: LA TEMPORALIDAD, ELEMENTO ESENCIAL DEL SISTEMA; LA DESAPARICIÓN DEL PRESUPUESTO DE HECHO COMO CAUSA PRINCIPAL DE CESACIÓN Y EL TRANSCURSO DEL PLAZO MÁXIMO COMO CAUSA SUBSIDIARIA; EL REGRESO VOLUNTARIO COMO CAUSA SUBJETIVA Y OPCIONAL	217
2. CAUSA SUSTANTIVA O PRINCIPAL DE CESACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL COMUNITARIA: CAMBIO SOBREVENIDO EN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVARON LA ACTIVACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN. PROCEDIMIENTO Y FUNDAMENTO.....	219
A. PROCEDIMIENTO. LA DECISIÓN DE CESACIÓN DEL CONSEJO	220
B. FUNDAMENTO. EL CONCEPTO DE "REGRESO SEGURO Y DURADERO" COMO PARÁMETRO DE CONTROL DE LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN Y <i>RATIO DECIDENDI</i> DE LA DECISIÓN DE INTERRUPCIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL	222
A. LA INDETERMINACIÓN DEL FUNDAMENTO Y EL AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN DEL CONSEJO. SOBRE LA NECESIDAD DE ENCONTRAR ESTÁNDARES DE INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE "REGRESO SEGURO Y DURADERO"	225

B. EL CONTORNO DEL CONCEPTO DE "REGRESO SEGURO Y DURADERO".	
MATERIALES PARA LA REFLEXIÓN	228
1. EL CONCEPTO DE "REGRESO SEGURO Y DURADERO" SUPONDRÍA LA AUSENCIA DE LOS FACTORES DE RIESGO QUE DIERON PIE A LA ACTIVACIÓN DEL RÉGIMEN. LA CESACIÓN DEVIENE FIDUCIARIA DE LA INICIACIÓN	229
2. LA RELATIVIDAD DEL CONCEPTO: LA IMPOSIBILIDAD DE INVENTARIAR <i>A PRIORI</i> LOS ELEMENTOS O CONTENIDOS NECESARIOS O DE ESENCIA DEL REGRESO SEGURO Y DURADERO	232
3. GARANTÍAS QUE HAN DE RODEAR LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO POR PARTE DEL CONSEJO EN CADA CASO: EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES; Y LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN	239
4. UNA REFLEXIÓN FINAL: LA NECESIDAD DEL CONSENSO	241
5. SÍNTESIS	242
3. CAUSA SUBSIDIARIA O ÚLTIMA DE CESACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL COMUNITARIA: LA EXPIRACIÓN. EL TRANSCURSO DEL PLAZO MÁXIMO PREVISTO DE PROTECCIÓN	243
A. DURACIÓN DETERMINADA PARA EL DISPOSITIVO DE PROTECCIÓN TEMPORAL	243
B. EXPIRACIÓN DEL RÉGIMEN: LA CAUSA SUBSIDIARIA DE CESACIÓN	247
4. CAUSA SUBJETIVA Y OPCIONAL: EL REGRESO VOLUNTARIO	248
A. EL DERECHO AL REGRESO VOLUNTARIO COMO FÓRMULA DE CESACIÓN DEL RÉGIMEN	248
B. LOS FINES Y LAS GARANTÍAS INELUDIBLES EN EL REGRESO VOLUNTARIO	249

CAPÍTULO SEXTO

EL REGRESO AL PAÍS COMO TÉRMINO NATURAL DEL SISTEMA Y OTRAS MEDIDAS SUBSIGUIENTES A LA PROTECCIÓN TEMPORAL

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS	257
1. EL ARTÍCULO 20 DE LA DIRECTIVA Y EL SENTIDO DE LAS DENOMINADAS "MEDIDAS SUBSIGUIENTES" (TÍTULO V)	257
2. EL REGRESO COMO TENDENCIA DE ACTUALIDAD QUE LA DIRECTIVA VIENE A CONFIRMAR Y POTENCIAR	260
3. LAS OTRAS MEDIDAS SUBSIGUIENTES A LA PROTECCIÓN TEMPORAL. RÉGIMENES AUTÓNOMOS Y SUCESORIOS A LA DIRECTIVA	266
II. EL REGRESO AL PAÍS DE ORIGEN	269
1. EL REGRESO VOLUNTARIO O REPATRIACIÓN VOLUNTARIA COMO OBLIGADA FASE INTERMEDIA	269
A. LAS OBLIGACIONES INELUDIBLES PARA LOS ESTADOS RESPECTO AL REGRESO VOLUNTARIO. EL NÚCLEO IRREDUCTIBLE	272
B. EL RESPETO DE LA "DIGNIDAD HUMANA" EN EL MARCO DE LA REPATRIACIÓN VOLUNTARIA Y SU RELACIÓN CON LA VOLUNTARIEDAD	275
C. LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE GARANTIZAR QUE LA DECISIÓN DE REGRESO ES ADOPTADA CON "CONOCIMIENTO DE CAUSA": LA ADECUADA INFORMACIÓN SOBRE LA VUELTA A CASA <i>VERSUS</i> INDUCCIÓN AL RETORNO DE LOS DESPLAZADOS	279

A. EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN	280
B. LA FORMA DE TRANSMISIÓN	287
C. LA ADECUADA INFORMACIÓN SOBRE LA VUELTA A CASA <i>VERSUS</i> INDUCCIÓN AL RETORNO DE LOS DESPLAZADOS	288
D. EL REGRESO VOLUNTARIO Y LOS PROGRAMAS DE REPATRIACIÓN. SU NECESARIO CARÁCTER OMNICOMPRESIVO FRENTE A LA AUSENCIA DE NORMAS MÍNIMAS	290
A. LA INEXCUSABLE PARTICIPACIÓN DEL ESTADO DE ORIGEN; ¿OBLIGA- CIONES RESPECTO AL REGRESO VOLUNTARIO?	292
B. LA PARTICIPACIÓN DE OTRAS ENTIDADES EN LA TOMA DE DECISIÓN DEL RETORNO DE LOS DESPLAZADOS Y RESPECTO DE LA PUESTA EN MARCHA DEL PROGRAMA DE REPATRIACIÓN.....	294
2. EL REGRESO FORZOSO. LA ÚLTIMA <i>RATIO</i>	296
A. LAS CONDICIONES DE FONDO	298
B. LA EXCEPCIÓN DEFINITIVA AL REGRESO FORZOSO: "LAS RAZONES HUMA- NARIAS IMPERIOSAS QUE HACEN EL REGRESO IMPOSIBLE O POCO REALISTA"	302
C. LA SUSPENSIÓN DEL REGRESO FORZOSO PRECEPTIVA PARA LOS ENFERMOS Y OPCIONAL PARA LOS MENORES ESCOLARIZADOS	306
III. MEDIDAS SUBSIGUIENTES A LA PROTECCIÓN TEMPORAL.....	308
1. SUPUESTOS DE HECHO Y REGULACIÓN EN <i>REMISIÓN</i> A LA NORMATIVA NACIO- NAL DE CADA ESTADO.....	308
2. SOLUCIONES INTERMEDIAS O ALTERNATIVAS AL REGRESO. LA APLICACIÓN DEL DERECHO GENERAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y DE EXTRANJERÍA	310

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA SOLIDARIDAD COMUNITARIA: EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS RESPECTO A LA PROTECCIÓN TEMPORAL

I. LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL. CONCEPCIÓN ORIGINARIA Y ELEMENTOS DE PERMANENCIA	325
1. LAS "CARGAS" ASOCIADAS A LA CONCESIÓN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL. LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL COMO EXPRESIÓN Y SALVAGUARDA DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES RESPECTO A LOS DESPLAZAMIENTOS FORZOSOS.....	325
2. MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	330
3. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES RELA- CIONADAS CON LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL	336
II. EL CAPÍTULO VI DE LA DIRECTIVA Y EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD COMPAR- TIDA ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS. LA SOLIDARIDAD COMUNITARIA	343
1. ACERVO COMUNITARIO EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES COMPARTIDAS. EL ARDUO PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA SOLIDARIDAD COMUNITARIA	343
2. EL REPARTO DE RESPONSABILIDADES DE CARÁCTER FINANCIERO. EL FONDO EUROPEO PARA REFUGIADOS (FER)	352
A. GRUPOS DESTINATARIOS: REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS EN SENTIDO AMPLIO.....	355
B. OBJETO DE LA FINANCIACIÓN: LAS MEDIDAS SUBVENCIONABLES	356
C. PROCEDIMIENTO DE ACTIVACIÓN. EL FER COMO DISPOSITIVO DESCEN- TRALIZADO DE COFINANCIACIÓN	358

3. EL REPARTO DE RESPONSABILIDADES DE CARÁCTER FÍSICO	361
A. EL PRINCIPIO DE DOBLE VOLUNTARIEDAD	363
A. EL CONSENTIMIENTO DE LOS ESTADOS	365
B. EL CONSENTIMIENTO DE LOS DESPLAZADOS	367
B. LA AUSENCIA DE CONCRETOS CRITERIOS DE REPARTO	370
CONCLUSIONES	375
SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA	385



PRÓLOGO

Desde hace años, el equipo de investigación que dirijo viene trabajando sobre el Derecho Internacional de los Refugiados. La Profesora ARENAS, que se inició en la investigación del Derecho Internacional en este equipo, pronto tuvo una especial querencia por este sector del Derecho, aunque sin que por ello su formación se viera fagocitada por la *sectorialización*.

Ella tuvo sus iniciales preocupaciones intelectuales en la materia durante la elaboración de su tesina de licenciatura, que hizo en el marco del Programa de Derecho Internacional de las Universidades de Sevilla y Huelva, que por entonces tenía la distinción de calidad del Ministerio de Educación y Ciencia. Ahondó en el concepto de refugiado en los regímenes europeo, latinoamericano y africano. Ya entonces percibió las interpretaciones restrictivas que se estaban aplicando en Europa.

Ella había estudiado la *Declaración de Sevilla sobre Refugiados y Solidaridad Internacional* en la que reclamábamos soluciones complementarias para atender a las personas que llegaban en flujos masivos y que se encontraban fuera del sistema de protección ideado en la Convención de Ginebra de 1950.

Tal fue el impacto que le causó el tema de los flujos masivos de refugiados a la entonces doctoranda, que se vio forzada, intelectualmente hablando, a escribir un capítulo del libro *La Desprotección internacional de los Derechos Humanos*, dirigido por mí. Su capítulo ella lo tituló *La desprotección del refugiado o de la Europa insolidaria*. Como puede verse, el mero título da cuenta de las inquietudes de la Prof. ARENAS.

Había ahora que enfrentarse a una tesis doctoral. Todos sus compañeros habían cambiado de tema radicalmente, para enfrentarse a la tesis. Sin embargo, la Prof. ARENAS insistió en la necesidad de profundizar en el problema de los flujos masivos de población y su desprotección.

Es cuando, por entonces, está en ebullición el conflicto de la exYugoslavia en Europa y ésta se replantea la necesidad de un enfoque jurídico a la cuestión.

Con esta situación, el Consejo de la Unión Europea había percibido la inadecuación de los criterios de elegibilidad de la Convención de Ginebra de 1951, al mismo tiempo que se imponía la necesidad de protección, para esos amplios colectivos de personas que huían de sus lugares de origen, como consecuencia del conflicto armado o de las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Siempre se hablaba de la necesidad de una acogida de carácter temporal pero no se articulaban los medios jurídicos para ello. Es más, no existía en el lenguaje la expresión “protección temporal”, que es la que da la dimensión jurídica a la acogida temporal. Fue en 1997 cuando se establece una primera aproximación con una serie de Propuestas de Acción Común dirigida al Consejo sobre la base de la letra b) del apartado 2 del artículo K-3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la protección temporal de las personas desplazadas.

Estas condiciones ambientales y la misma querencia de la doctoranda, aconsejaban la opción de continuar los esfuerzos investigadores en esa línea abierta. Sin embargo, dichos esfuerzos no estaban exentos de riesgos.

Cuando uno se enfrenta a la elaboración de una tesis doctoral, no es consciente de la dimensión de este tipo de trabajos, que, sobre todo, requiere aportaciones originales. De ahí la dificultad de la elección del tema. Hay quienes prefieren temas generales, sean de responsabilidad internacional, arreglo pacífico de controversias o subjetividad y llevan a gala, algunos incluso a oropel, el haber dedicado sus esfuerzos investigadores en esos temas de carácter general. No dudo de la eficacia de la formación con esas opciones, pero dudo de sus aportaciones originales.

También hay quienes prefieren dedicarse a una cuestión concreta, de carácter material, que, en ocasiones se aleja incluso de la propia disciplina que se pretende cultivar.

Por ello, había que andar con mucho cuidado. Y la actitud de la Prof. ARENAS, en este sentido ha sido ejemplar. No se ha dejado embaucar por el Derecho Comunitario, despreciando al Derecho Internacional, ni se ha dedicado al mero análisis de un instrumento jurídico. Su hondura ha sido más coherente con el ámbito de los estudios a los que se dedica.

Aparentemente, el objetivo de la tesis es el análisis de 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 su acogida*, adoptada por el Consejo en julio de 2001. Pero que nadie se equivoque.

La Prof. ARENAS ha tratado de contribuir al estudio de esta Directiva, pero no ha hecho un mero análisis de la misma, sino que ha querido ponerla en valor, en su auténtico contexto: el internacional. Por eso ella estudia previamente la actividad normativa internacional, el grado de obligaciones de los Estados en la materia, el esfuerzo para comprender la delicada situación de estos colectivos y, sobre todo, las causas de la ausencia de regulación normativa específica.

En este contexto es el único en el que puede interesarse un internaciona- lista por la protección temporal europea. Por eso, aunque la Dra. ARENAS

penetre sigilosamente por los vericuetos de la Directiva europea, está haciendo constantes reclamos al Derecho Internacional, que limita a la propia Directiva.

Algo significativo que me parece justo resaltar y de ahí la imbricación de lo específico con lo general y esto con las aportaciones originales, es el valiente desarrollo de la obligación general de los Estados de ofrecer refugio temporal a las personas desplazadas masivamente como consecuencia de los conflictos armados y las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales.

Como no podía ser de otra manera, el eje de la tesis es la protección temporal europea, pero fíjense como al analizar el dispositivo planteado por la Directiva, la Dra. ARENAS se centra en su concepto y en sus características. Es decir, hace un esfuerzo de análisis general, a través de lo particular.

Esto yo lo había aprendido de mi maestro, el Prof. Carrillo Salcedo, cuando él se planteó hacer un curso general de Derecho Internacional Público, a través del eje central de los derechos humanos. Y esto suponía una valiosa guía de interpretación de lo general. Se podía saber de soberanía, hablando de derechos humanos.

Es una pena que el título del Capítulo III de este Libro lleve el genérico de "Ámbito de aplicación de la Directiva" y se limite al ámbito *ratione personae*, excluyendo el ámbito *ratione materiae* o *ratione loci*. Sin embargo, comprendo que esto se haya debido al exceso de compromiso personal de la Dra. ARENAS en su intento de buscar los máximos resquicios posible para encontrar huecos que le permitieran incluir al máximo a los grupos humanos que buscan protección.

En su análisis, ha tenido que entrar a estudiar los derechos materiales y los procedimientos regulatorios porque sin ellos no podría conocer el alcance de las obligaciones generales de los Estados comunitarios en este ámbito tan importante de la protección temporal, pero siempre orientando sus estudios hacia los aspectos de Derecho Internacional Público como una constante de toda esta obra.

Puedo decir que me siento especialmente orgulloso de haber contribuido a la formación general de la Dra. ARENAS, a través de un perfil específico, que nos ha permitido a ella y a mi, a los dos, entrar en esta aventura del saber científico, con la confianza de un trabajo riguroso al mismo tiempo que esperanzador.

Simultáneamente, la Dra. ARENAS no ha dejado de profundizar en otros flecos que le han ido surgiendo durante la elaboración de este trabajo, como los "refugiados medioambientales" o de otros aspectos que le han permitido avanzar e interrelacionar su propia querencia con otras ramas del Derecho Internacional, como por ejemplo, su magnífico trabajo "Combatants and Armed Elements as Refugees. The Interaction between International humanitarian Law and International Refugee Law", estudios que no podría haberlos llevado a cabo sin los profundos conocimientos que le ha aportado el análisis de la Directiva de Protección temporal europea.

Por ello, estoy satisfecho de que su tesis doctoral destile Derecho Internacional general en el marco de un problema específico. Esa es la vía, en mi opinión, de aportar aspectos originales y novedosos en el marco de una formación general, en una tesis doctoral.

La Dra. ARENAS, además, ha demostrado con su lucha, porque eso y no otra cosa ha sido el largo y pedregoso camino que le ha llevado a culminar el más alto grado universitario, que si no hay desmayos, toda cumbre puede alcanzarse. Mi profundo respeto, mi profundo reconocimiento y mi profundo cariño para una universitaria de talento y talante.

Sevilla, 17 de marzo de 2005

PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Huelva
Profesor Jean Monnet de la Unión Europea

NOTA DE AGRADECIMIENTO

Todo trabajo de investigación es tributario del esfuerzo intelectual y afectivo de muchas personas. Si bien, principalmente, se nutre del análisis científico previo al mismo y que le sirve de base o fundamento, este estudio resulta no sólo de esa enseñanza jurídica sino, especialmente, de quienes con su apoyo –en ocasiones ciego por lo profano– han prestado de forma tan gratuita el imprescindible arrimo para la consecución de una obra –la tesis doctoral– tan peculiar. A todas ellas, quisiera dirigir estas palabras previas.

Mi agradecimiento, en primer lugar, al Tribunal de máximos especialistas –presidido por el Profesor Dr. D. Juan Antonio Carrillo Salcedo e integrado por los Profesores Dr. Casanovas i la Rosa, Dr. Pelaez Marón, Dr. Mariño Menéndez y Dr. Hofmann–, ante los que tuve el honor de defender la tesis doctoral de la que este trabajo supone su revisión, actualización y mejora.

En las etapas iniciales fue indispensable el apoyo técnico para la obtención de algunos recursos bibliográficos, éste se debe al Servicio de Préstamo internabibliotecario de la Universidad de Huelva, así como a las estancias de investigación en Centros internacionales en los que he tenido la oportunidad de formarme. El Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Instituto de Altos Estudios Internacionales de París, a cuyas obras tuve acceso de la mano del Profesor Dr. Dupuy; el Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, gracias al Profesor y amigo Dr. Pureza; así como, especialmente, el Instituto de Derecho Internacional y Derecho Comparado Max Planck de Heidelberg, cuyos excelentes fondos bibliográficos y personal diligente tuve el placer de conocer gracias al Profesor Dr. Hofmann.

En el capítulo de reconocimientos, deseo destacar a los especialistas en la materia objeto de estudio, con los que he tenido la fortuna de contrastar opiniones. La insustituible aportación de delegados gubernamentales como D^a. Sara Carrascosa Ferrandis quien participó en la gestación de la Directiva de Protección Temporal. Los Profesores Dra. Cristina Gortázar Rotaecche y, de forma especial, Dr. Walter Kälin de cuyas generosas sugerencias se ha beneficiado este estudio.

Pero, la base de una formación que considero en ciernes es deudora, en especial, de los conocimientos prestados por el Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla. Los Cursos de Doctorado con los inicié mi andadura en el Derecho internacional gozaron del distintivo “de calidad” del Ministerio de Educación y Ciencia. En particular, me honra dirigirme al Profesor Dr. Juan Antonio Carrillo Salcedo a

quien deseo expresar mi más sincera gratitud por brindar de forma tan generosa y cercana las lecciones magistrales de una escuela de pensamiento de tan honda rigurosidad.

La deuda intelectual es superada por la humana en el caso del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Huelva —especialmente en las Profesoras Dra. Giles Carnero y Dra. Domínguez Matés—, donde encontré el imprescindible apoyo en el día a día universitario. Y al timón del equipo, el Profesor Dr. Pablo Antonio Fernández Sánchez a quien debo agradecer no sólo la dirección de una tesis doctoral —cuyo proceso final coincidente con tan desgraciados acontecimientos familiares hacen de su esfuerzo una deuda para mí imperecedera—, sino también la confianza depositada en mi persona tanto para la gestión universitaria, las tareas docentes o investigadoras que han hecho realidad una temprana vocación universitaria. Mi absoluto agradecimiento por su estímulo en todos estos años.

Una tesis doctoral absorbe la vida del doctorando distanciándonos de nuestros seres queridos. Gracias por la comprensión y cariño sin límites de amigos como Amelia y Fernando, Rosi y Concep. El apoyo insustituible de Javier como el de mi familia, apenas se puede agradecer con palabras. Mi entero amor para mis hermanos y padres, pilares esenciales durante el proceso de andadura académica, que no es más que una muestra del amor de toda una vida.

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
ACNUR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
AFDI	Annuaire Francais de Droit International
AJIL	American Journal of International Law
Austrian J.	
Publ. Int. L.	Austrian Journal of Public International Law
AYIL	Australian Yearbook of International Law
AWR bulletin	Association for the Study of the World Refugee Problem
BEUR	Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BYIL	British Yearbook of International law
CDE	Cahier de Droit Européen
CE	Comunidad Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CES	Comité Económico y Social (Comunidad Europea)
CIRIA	Centro de Información, Reflexión e Intercambio en materia de asilo
CIREFI	Centro de Información, Reflexión e Intercambio en materia de cruce de Fronteras Exteriores e Inmigración
DIR	Derecho Internacional de los Refugiados
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EIPASCOPE	European Institute of Public Administration
ECRE	European Council of Refugee and Exiles
EJML	European Journal of Migration and Law
EJIL	European Journal of International Law
EXCOM	Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
FER	Fondo Europeo para los Refugiados
GILJ	Georgetown Immigration Law Journal
GYIL	German Yearbook of International Law
Harw. Hum.	
Rts. J.	Harward Human Rights Journal
IJIL	Indian Journal of International Law

ILPA	Immigration Law Practitioner's Association
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IJHR	International Journal of Human Rights
ILA	International Law Association (Committee on Refugee Procedure)
IMR	International Migration Review
IRO	International Refugee Organization (1946)
NJIL	Nordic Journal of International Law
JRS	Journal of Refugee Studies
OUA	Organización para la Unidad Africana
OSCE	Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RBDI	Revue Belge de Droit International
RDISD-P	Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques
RCADI	Recueil des Cours de la Academie International de la Haye
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDI	Revue de Droit International
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
Va.JIL	Virginia Journal of International Law
Yale.J.Int.L	Yale Journal of International Law
ZaöRV	Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht

PRESENTACIÓN



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 su acogida*¹.

Se coronaban de esta forma los esfuerzos normativos iniciados a mediados de la década de los años noventa cuando el conflicto producido en la antigua Yugoslavia sorprende a Europa –y pone a prueba el grado y la calidad de su integración–, con el mayor éxodo masivo de población producido en nuestras fronteras, fenómeno del que –en esas proporciones cuantitativas y cualitativas– no se tenía memoria desde la Segunda Guerra Mundial. Con objeto de ofrecer una respuesta *común* a la demanda de protección territorial de estas poblaciones en peligro se emprenden una serie de iniciativas que desembocan en la actual Directiva de Protección Temporal. Dicha norma responde al artículo 63.2 del Tratado CE y constituye el primer instrumento jurídico que aborda los desplazamientos en masa desde la perspectiva de su acogida protectora en el territorio de los Estados miembros a través de un dispositivo de carácter excepcional que se inicia en las instancias comunitarias y se basa en un reparto equitativo de las cargas asociadas a dicha acogida.

Los éxodos masivos de población no son en absoluto un fenómeno nuevo producto de la realidad contemporánea, la historia está repleta de diacrónicos casos de exilios de trágicas proporciones. Sin embargo, tras la Caída del Muro de Berlín se había convertido en uno de los retos más importantes y perentorios para la Comunidad internacional y para la europea, en particular, que se veía compelida a dar respuesta –entre el asombro y el estupor– a una crisis de

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 produjo el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

emergencia cuyas particularidades desafiaban la capacidad de adaptación del Derecho internacional de los refugiados, a las puertas de la conmemoración del cincuenta aniversario de su Convenio marco.

En los prolegómenos de la conflagración el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados se manifestó convencido de que la actual escalada y naturaleza del problema de los refugiados y la limitada capacidad de absorción de los países de asilo indicaban claramente que los métodos tradicionales de protección ya no resultaban suficientes y debían complementarse con *enfoques flexibles*. Desde esa perspectiva, hace un llamamiento a los Estados del siguiente tenor:

“There are however many who have no option but to move, in order to seek safety and refuge in other countries. In line with their responsibilities towards asylum seekers, all States, within or outside the region, should provide *temporary protection* to persons fleeing former Yugoslavia and who are in need of such protection (...) I believe that the nature of the current conflict is such that a flexible system of temporary protection would respond adequately to the emergency situation and encourage return as the most desirable and feasible solution. However, whatever mechanism for burden-sharing is adopted, it must not limit the right to seek asylum. In this –as in other situations– admission and protection, at least on a temporary basis, should be given without discrimination to all those who need it”².

La idea subyacente a las dispares medidas nacionales de protección temporal se basaba en la no consideración *prima facie* de los desplazados como refugiados, los cuales, no obstante, resultaban “personas necesitadas de protección internacional” por un tiempo limitado durante el que gozarían de un estatuto equilibrado, en espera de una pronta repatriación. Se adaptaba así la clásica respuesta de “acogida temporal tradicional” para desplazamientos masivos de población –el llamado *temporary refuge*–, desde un *nuevo enfoque* que, independientemente de las singulares particularidades que presenta a nivel nacional, requería de una *aproximación europea común* al respecto, como forma de complemento a las iniciativas individuales de los Estados.

En este marco de cooperación, los principales instrumentos jurídicos adoptados a tal efecto son: la *Resolución del Consejo de 25 de septiembre de 1995, sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas*, junto con la *Decisión de 4 de marzo de 1996 sobre un procedimiento de alerta y urgencia para el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas*³, así como las posteriores *Propuestas de Acción Común de 1997*

2. ACNUR. *Statement of the United Nations High Commissioner for Refugees to the International Meeting on Humanitarian Aid for Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia*. Ginebra, 29 de julio de 1992. La cursiva es de la autora.

3. *DOCE*, nº C 262 de 07/10/1995, pp. 001-003 y *DOCE*, nº L 063 de 13/03/1996, pp. 010-011 respectivamente.

*dirigida al Consejo sobre la base de la letra b) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la protección temporal de las personas desplazadas y la modificada de 1998*⁴. A pesar de su falta de aplicación –que por otro lado demostraba las lagunas que en este ámbito de materias presentaba la Comunidad–, sirvieron para ahormar el suficiente consenso que ha dado lugar a la actual Directiva⁵, adoptada ya en un marco mucho más prometedor, en la conformación de un *sistema europeo común de asilo* –elemento constitutivo del establecimiento de un “espacio de libertad, seguridad y justicia”–, que se halla *in fieri* desde la adopción del Tratado de Amsterdam y las Conclusiones de Viena y Tampere.

En definitiva aunque no se trate de una problemática novedosa en cuanto al fondo, la elección del tema presenta el interés de simbolizar la actual perspectiva de la regulación en el marco europeo.

La crisis en los Balcanes puso en cuestión la eficacia de las infraestructuras europeas, el grado de armonización alcanzado, la creación de un área sin fronteras interiores sin el establecimiento de un auténtico sistema de protección regional; ello debía impulsar un nuevo modelo de protección. Ese *grado de profundización normativa* respecto al viejo problema de los éxodos masivos es el que aquí se analiza.

OBJETO Y FIN DE LA OBRA.

El objeto inmediato o directo de este estudio descansa en una norma comunitaria, una Directiva aprobada al amparo de unas específicas disposiciones de los Tratados constitutivos. Pero su objeto no se detiene en el Derecho comunitario. Por el contrario, se traza una investigación que se acerca a esta norma desde el bagaje del Derecho internacional público, con el mismo que permite la dilatada experiencia del DIR en los que aquélla hunde, sin duda, sus raíces y con el que mantiene –obvio es decirlo– estrechas relaciones. De ahí que interés no ya sólo su filiación, la genealogía de la Protección Temporal comunitaria, sino, además, sus constantes lazos con una materia mucho más amplia, la que representa el Derecho de los Refugiados, que le sirve de fermento, contexto y hábitat. La recíproca interacción entre ambas esferas resulta clara si se observan esas pautas metodológicas, si se engasta dicho instrumento jurídico en tales claves panorámicas. La Directiva de Protec-

4. DOCE nº C 106 de 04/03/1997, pp. 013-016 y DOCE nº C 268 de 27/08/1998, p. 0022.

5. Una vez había entrado en vigor el Tratado de Amsterdam (el 1 de mayo de 1999), se estaba en condiciones de proceder a una aplicación del mismo y, en este sentido se adopta 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*. DOCE, nº C 311E/2000, de 31/10/2000, p. 258. Resulta el texto inmediatamente anterior a la Directiva vigente.

ción Temporal nos sirve de excusa, así, para el análisis de lo clásico y lo novedoso en el asilo. Se trata, en definitiva, de una aproximación a la norma europea con el bagaje del Derecho internacional.

La obra se divide en siete Capítulos, de los cuales, los dos primeros se refieren a la contextualización histórico-conceptual de la acogida temporal. Se trata de analizar el contexto del sistema de protección temporal en la dinámica precedente del DIR, con objeto de aportar una respuesta *grosso modo*, al por qué de la adopción de la normativa que se procede a estudiar o sobre las particularidades con las que nace.

Los antecedentes lejanos del sistema de Protección Temporal se remontan a la institución del *temporary refuge*, y los mediatos a los modelos de protección temporal ofrecidos por los Estados miembros en el curso de los flujos provenientes del conflicto en la ex Yugoslavia, ambos resulta obligado situar en el marco histórico conceptual. Sin embargo, no será nuestra intención analizarlos en detalle. Estudiar sucesiva y separadamente dos instituciones: *temporary refuge* y protección temporal –aunque sea una germen de la otra– nos podría llevar a la yuxtaposición más que a la comparación, cuando es esta última más enriquecedora. Es por ello que se procederá al análisis comparativo de ambas a lo largo del trabajo, en cada una de las áreas elegidas. En todas ellas, se verán las diferencias y semejanzas; los contrastes y analogías. En la primera parte, el pasado nos dará cuenta de que, en realidad, “no hay nada nuevo bajo el sol” y el análisis comparativo a lo largo del trabajo nos aportará los avances de la institución en el tiempo, las novedades que pueden resultar los aportes más interesantes, las tendencias de la actualidad.

El resto de los Capítulos se circunscriben al estudio de los ejes normativos de la Directiva. Así, el Capítulo Tercero se centra en el ámbito de aplicación –beneficiarios de la Protección Temporal–, en cuyo análisis, las características de los flujos masivos y el concepto de “persona necesitada de protección internacional” en Europa resultarán de un enorme interés.

El Capítulo Cuarto está dedicado al estatuto jurídico, es decir, a los derechos garantizados durante el periodo de aplicación de la Directiva. Serán contrastadas las críticas de “estatuto menor”, valorando su acomodación a las obligaciones internacionales al respecto.

Por lo que respecta al sistema de aplicación y cesación del régimen, el Capítulo Quinto aborda las competencias de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros, en concreto, el procedimiento y forma de ejercicio respecto de la duración y aplicación de la Protección Temporal. Las particularidades de un dispositivo que se activa a instancia comunitaria; las competencias; organización; facultades de apreciación; tramitación; plazos; etc., pueden considerarse la *pedra de toque del sistema*, pues la realidad o la viabilidad misma de la protección temporal como instrumento normativo se pone a prueba aquí.

Una vez se ha puesto fin al dispositivo, se hace imprescindible el estudio de las medidas subsiguientes previstas al respecto. La Protección Temporal no es un sistema con vocación de permanencia; se trata de un marco de protección basado, de forma principal, en circunstancias objetivas y, en principio, transitorias: una situación de riesgo, potencialmente provisoria, que provoca un flujo masivo digno de acogida territorial. Desde esta perspectiva, es lógico, pues, considerar que, en ausencia de esa contingencia, es decir, producido un cambio en el trance que provocó el exilio, se contemple el regreso de los desplazados como la solución consustancial a una medida de tales características. El regreso de los desplazados a su lugar de origen protagoniza, pues, el Capítulo Sexto en el que se analizarán las peculiaridades que presenta este nuevo enfoque de la acogida .

Y para finalizar, un estudio de los mecanismos de reparto equitativo de la responsabilidad de los Estados miembros en la acogida de los exiliados y sobre las consecuencias de la misma –la denominada “solidaridad comunitaria”–, pilar fundamental en que se asienta esta aproximación europea a la protección temporal de los éxodos masivos (Capítulo Séptimo).

RAZONES QUE AVALAN LA ELECCIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

Una vez establecida la concreta delimitación del objeto de la monografía, y por lo que a las razones que avalan y justifican su estudio, justo es decir que la elección del tema recoge el testigo de una línea de investigación de honda raigambre y cuyos frutos de quienes me han precedido en la escuela doctoral han dado respuesta a los grandes interrogantes en torno al DIR, de la década de los ochenta y los noventa. Piénsese en la importante aportación de la *Declaración de Sevilla sobre Refugiados, Derecho y Solidaridad* y la *Declaración de Niebla sobre la Revitalización de la Protección de los Refugiados*, entre otros esfuerzos⁶. Se asume e incorpora el bagaje de estos estudios, así como la aplicación de sus principios maestros de interpretación finalista y axiológica del DIR en un modesto intento de aportar un grano de arena con este análisis pionero sobre uno de los más complejos y estimulantes restos de la disciplina.

Por lo demás, se destacan las principales razones que abonan la oportunidad de realizar este trabajo de investigación en las consideraciones siguientes:

6. La Declaración de Sevilla puede consultarse en: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, PABLO A. (coordinador) *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, ACNUR, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, para. 4, p. 189.

Ya en la *Declaración de Niebla sobre la Revitalización de la Protección de los Refugiados* se afirma que: «La Protección Temporal puede constituir un mecanismo de emergencia útil y eficaz para proporcionar protección inmediata en situaciones de flujos masivos (...)». Vid. en: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, PABLO A., *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, Declaración número 5, p. 346.

En primer lugar, por tratarse de una norma histórica. Hacía tiempo que se venía reclamando una concreta y adecuada respuesta en Derecho para esta problemática. A pesar de que los desplazamientos masivos de población no son un fenómeno nuevo sino, como decía el Profesor Schnyder, bien pudieran simbolizar la marcha dramática de la historia⁷, su incremento cuantitativo y cualitativo exigía el desarrollo de nuevos enfoques, instrumentos y estándares para reforzar la protección en áreas no adecuadamente tratadas por el Convenio marco del DIR. La Directiva asume este reto con un sistema de competencias, obligaciones jurídicas y mecanismos desconocidos hasta el momento.

En segundo lugar, por constituir el paradigma de la reciente evolución del Derecho de los refugiados. Si bien es cierto que se trata de una norma positiva de carácter específico, no lo es menos, sin embargo, que su propia singularidad e importancia no se circunscribe a lo que se articulado encierra. La Directiva de Protección Temporal en tanto que precipitado de una evolución histórica, invita a la reevaluación al hilo del discurso de áreas de enorme relevancia del DIR (el concepto de refugiado y persona desplazada; las fórmulas de cesación y exclusión del régimen; las actuales connotaciones del concepto de *safe return* respecto a las afluencias a gran escala; la evolución del principio de no devolución o el principio de solidaridad internacional) al tiempo que se analizan sus ejes normativos.

En tercer lugar, por la singularidad de la protección temporal, técnica capaz de desafiar la tradición europea de asilo. Las características esenciales del sistema: la temporalidad de la protección unida a la vuelta a casa como término natural del procedimiento pudieran parecer enfrentados a la tradición de integración y permanencia propia de la concesión del estatuto de refugiado en Europa. Tamaño reto exigía superar la lógica de la incertidumbre y el recelo, hasta la necesaria comprensión de una institución de estas características en el mapa del DIR.

En cuarto lugar, por tratarse del primer gran fruto de las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam. La Directiva como pieza insustituible del nuevo "sistema europeo común de asilo" y en la medida en que toda norma es fruto de su tiempo tiene la virtualidad de dar cuenta del grado de integración europea a través de las bases de una comunitarización en liza.

Destacaremos finalmente, la radical novedad de la misma atestiguada por la escasa bibliografía específica que ni siquiera cuenta con la existencia de una monografía sobre el tema, cualidad ésta que debía ser superada con la perspectiva del que se acerca a ella con el equipaje del internacionalista.

7. SCHNYDER, F. «Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés», en *R.C.A.D.I.*, vol. 114-I, 1956, p. 339

UNAS BREVES CONSIDERACIONES EN CUANTO AL MÉTODO Y LAS FUENTES EMPLEADAS.

De entrada, el estudio de la Protección Temporal como forma de asilo que instituye un estatuto cualificado de extranjería en los Estados miembros vía intervención comunitaria, nos ofrecía la oportunidad de trazar un puente entre el Derecho internacional, el Derecho comunitario y el Derecho interno. De este modo, los métodos son los propios de este tipo de estudios así como las fuentes. Se trata de una norma tan peculiar, a caballo entre ordenamientos, que a la hora de proceder a su interpretación resultaba del todo imprescindible acogernos a la pausada investigación del marco jurídico aplicable —internacional, comunitario o interno—, ámbitos con los que la Directiva en cuestión debía guardar la necesaria equidistancia.

Se parte de la base de que cada figura tiene un contexto más amplio con el que ha de tener la capacidad de adaptarse —esto es, la Protección Temporal Europea en el marco del sistema europeo común de asilo y del DIR. Ello presupone una aproximación analítica, susceptible de elevarse hacia categorías más generales. La perspectiva sistémica permite una visión de conjunto; las claves para una más profunda visión de la lógica a la que responden los efectos y consecuencias de cada fenómeno, en un intento de cumplir adecuadamente con el que nos recuerda el Profesor Casanovas i la Rosa ha de ser la labor fundamental del jurista o estudioso científico del Derecho: “la interpretación y sistematización de las normas e instituciones jurídicas en una construcción de conjunto”⁸.

En la medida en que el objeto central de la investigación reside en una norma positiva es obligado su análisis de acuerdo con las técnicas hermenéuticas de todas conocidas (interpretación literal o gramatical; sistemática; finalista; axiológica; comparada; etc.). Siendo una norma concreta el objeto de estudio, resultarán de especial relevancia los trabajos preparatorios de la misma, a los que se hará referencia constante. Su valor, jurídicamente relativo, se estimará con objeto de proceder a una mejor interpretación de las disposiciones en vigor, al poder deducir de los textos anteriores la voluntad del “legislador comunitario”, las dificultades, los consensos, etc.

La materia resulta tributaria de la “actualidad”, en concreto de la reforma o desarrollo normativo ulterior a la misma —en el caso de España, el *Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas*⁹—, del que hemos estado atentos a lo largo de la realización de esta obra.

Por lo que hace a las fuentes y sin perjuicio de la bibliografía citada a lo largo de la obra y de la selección bibliográfica que acompaña al final del texto,

8. CASANOVAS i LA ROSA, O. «La vuelta a la teoría», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 184.

9. BOE, nº 256 de 25 de octubre de 2003, pp. 38160-38167.

conviene subrayar algunos de los informes sobre la materia que han resultado imprescindibles como base de reflexión y contraste para la elaboración del presente trabajo.

Las reflexiones de la *International Law Association*¹⁰ en la persona del Profesor Walter Kälin se han convertido en las más instructivas y profundas del entorno europeo. Resulta significativo cómo su *Committee on Refugee Procedures*, que fue creado en 1992, eligiera como materia de análisis “la protección temporal”, en su primera sesión en Konstanz (Alemania), cuyos resultados pueden observarse desde 1996¹¹.

Por último, mencionar otros informes específicos sobre Protección Temporal que dan idea del profundo debate suscitado desde los primeros instrumentos jurídicos en la materia entre la Comunidad Europea, otras Organizaciones internacionales del mismo ámbito regional como el Consejo de Europa y otros sujetos con amplio bagaje en la protección de las personas en peligro. Ha resultado un diálogo fructífero que da cuenta de la transparencia de la Comunidad y del papel cada vez mayor de otros sujetos no estatales en la construcción del Derecho internacional. Así, destacamos, *inter alia*, los informes de la *European Council on Refugees and Exiles, Immigration Law Practitioner's Association*; y, por supuesto, los cualificados estudios del *Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados*¹².

29 de octubre de 2004

Firma del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa

10. El valor de las conclusiones de la *International Law Association* sobre la materia que abordamos puede medirse por la calidad investigadora de los miembros de su *Committee on Refugee Procedures*. Junto a los Profesores Kay Hailbronner (Chairman), Guy S. Goodwin-Gill (Co-Rapporteur), y Walter Kälin (Co-Rapporteur), figuran: Emmanuel Opuku Awuku (Ghana); Dr. Michael Byers (U.K.); Profesor S. V. Chernichenko (Rusia); Profesor Woon-Sang Choi (Korea); Profesor Wladyslaw Czaplinski (Poland); Dr. J. P. L. Fonteyne y Jenny Blokland (Australia); Profesor Yoshio Kawashima (Japan); Profesor Jang hie Lee (Korea); Profesor Stephen H. Legomsky (United States); Erik Lempert (Sueden); Profesor Ved P. Nanda (United States); Profesor Bruno Nascimbene; Michael Petersen (HQ); Olaf Reermann y Profesor Rainer Hofmann (Germany); Volker Turk (Austria); Dr. Mieczyslaw Zdanowicz (Poland); Dr. M. Zieck (Netherland); Dr. Gottfried Zurcher (Switzerland).

11. First Interim Report: (1996 Helsinki Conference), Second Interim Report (1998 Taiwan Conference), Third Interim Report (2000 London Conference), Final Report and Draft Guidelines on Temporary Protection (2002 Delhi Conference).

12. CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros, *Recomendación R (2000) 9 on temporary protection*, 3 de mayo de 2000.

ECRE. (European Council on Refugees and Exiles). *Position of the European Council on Refugees and Exiles on Temporary Protection in the Context of the Need for a Supplementary Refugee Definition (marzo 1997)*. *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing (enero 2001)*.

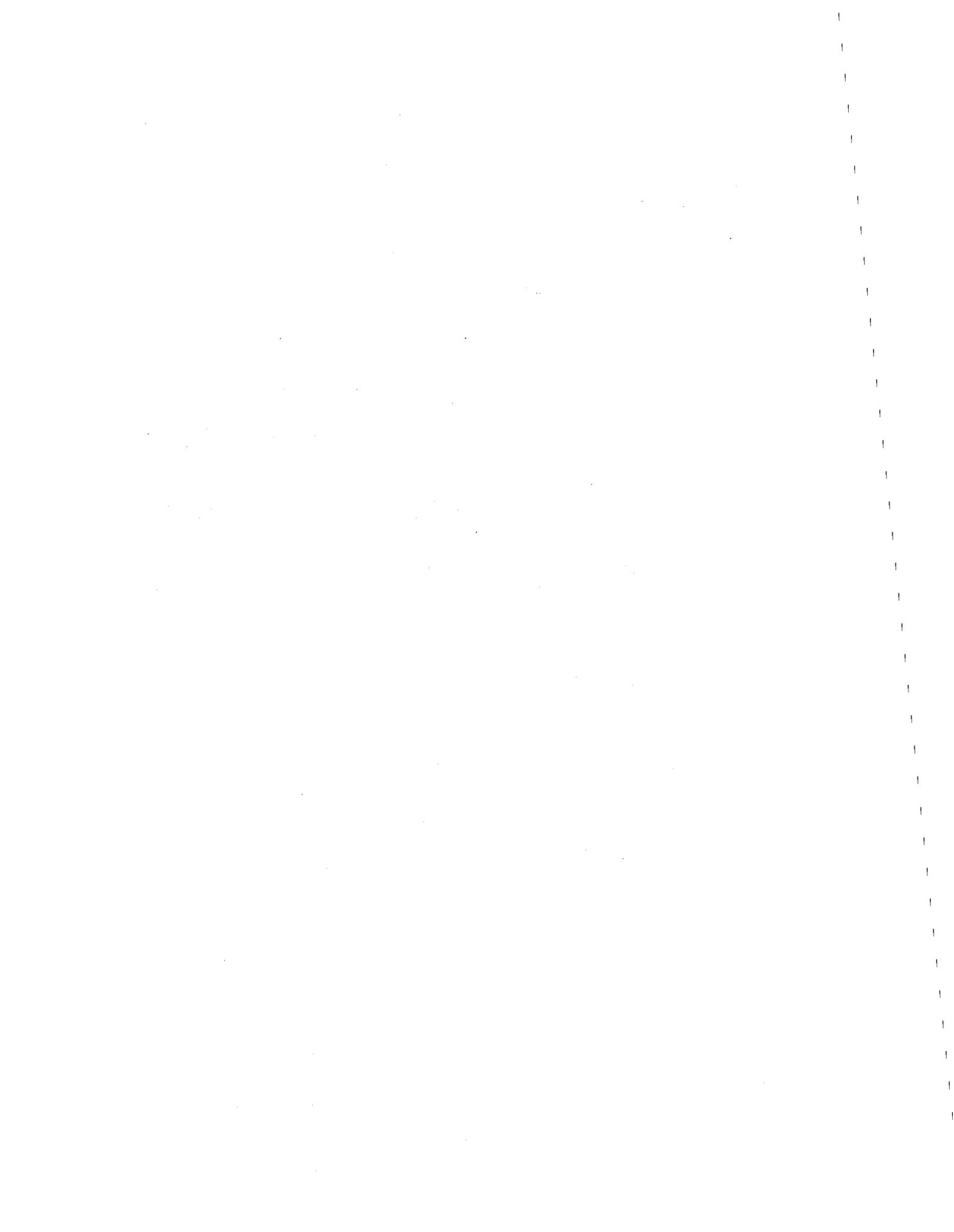
ILPA. IMMIGRATION LAW PRACTITIONERS ASSOCIATION. *ILPA response to the European Commission's Proposal for a Directive on: minimum standards of Temporary Protection in the event of a mass influx*.

Por lo que se refiere al Alto Comisionado, con independencia de las Conclusiones del Comité Ejecutivo y otros documentos específicos sobre protección temporal a los que se ira haciendo referencia a lo largo del texto, hemos de destacar por contraste directo con la Directiva de Protección Temporal el *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, de diciembre de 2001.

Recuérdese que las Conclusiones del Comité Ejecutivo aunque carecen de valor jurídico vinculante formalmente, resultan un cualificado medio de interpretación y referencia de la voluntad de los Estados. En estos momentos forman parte del mismo: Alemania, Algeria, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Costa de Marfil, Chile, China, Chipre, Dinamarca, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos de América, Etiopía, Federación Rusa, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guinea, Hungría, Irán, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Kenia, India, Lesotho, Líbano, Estados Unidos, Madagascar, Marruecos, México, Mozambique, Namibia, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Pakistán, Polonia, Reino Unido, República de Corea, República Democrática de Congo, Serbia y Montenegro, Santa Sede, Somalia, Sudáfrica, Sudan, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda, Tanzania, Venezuela, Yemen y Zambia.



CAPÍTULO I
SOBRE EL CONTEXTO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN
TEMPORAL EUROPEO EN LA DINÁMICA PRECEDENTE DEL
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS



En el presente Capítulo –sobre el contexto histórico del sistema de protección temporal–, se ha renunciado a un diseño clásico, que consistiría en ofrecer un largo relato de todas los hitos o períodos que habrían precedido al objeto de estudio, para, finalmente, apuntar unas conclusiones, por vía de síntesis. Aquí, por el contrario, y en la conciencia de que el iter histórico y los momentos estelares del Derecho Internacional de los Refugiados resultan bien conocidos, se ha optado por invertir el planteamiento y comenzar por exponer cuáles son las conclusiones que, de una meditada reflexión de esos ricos materiales, han podido inferirse o, lo que es lo mismo, se apuesta por ofrecer –en la cabecera– algunas de las claves interpretativas que, a nuestro juicio, enmarcan la cuestión, para, acto seguido, ir las desgranando. En definitiva, pues, el contenido del Capítulo se resuelve en una selección de algunas de las claves o tesis para el debate; de las pautas o hilos conductores para entender la evolución de la acogida temporal en este último medio siglo y así ubicar de forma más precisa el carácter y valor de la nueva Directiva de Protección Temporal.

I. LA COMPLEJIDAD DEL FENÓMENO DE LOS DESPLAZAMIENTOS FORZOSOS Y MASIVOS DE POBLACIÓN Y LOS MÚLTIPLES DESAFÍOS (ENFOQUES Y PERSPECTIVAS) QUE ENTRAÑA PARA LA REGULACIÓN JURÍDICO-INTERNACIONAL. EL RESURGIMIENTO DE UNA RENOVADA ACOGIDA TEMPORAL COMO RESPUESTA.

La aproximación del Derecho internacional público al fenómeno de los desplazamientos masivos de población resulta una tarea de una enorme dificultad, debido no sólo a las peculiaridades de este ordenamiento en su función reguladora, sino, de forma especial, por el carácter pluridimensional que presentan los éxodos transfronterizos de personas necesitadas de protección.

De esta forma, la respuesta que pudieran demandar tanto a nivel jurídico como institucional supone importantes desafíos para diversas parcelas de este

ordenamiento jurídico, pues la complejidad del exilio forzado a gran escala requiere una aproximación sistemática sobre el terreno y, en este sentido, su atención desde distintas perspectivas, todas ellas ineludibles y relacionadas entre sí. Por tanto, no cabe pensar en respuestas unívocas, sino en estrategias globales y omnicomprendivas.

Ello ha tenido como consecuencia que los estudios del fenómeno por parte de los internacionalistas en las últimas décadas resulten tan variados como los diferentes retos que han planteado –y plantean– estos éxodos en masa para la coexistencia pacífica de los Estados y la necesaria protección de las personas que se hallan en peligro.

A partir de los años ochenta se produce una importante distensión entre los bloques antagónicos que habían dominado las relaciones internacionales y ello repercute de forma particular en la capacidad de respuesta de la comunidad internacional en los casos de emergencias humanitarias que se encuentran en el origen de los flujos masivos. El cambio de orden mundial también afectó a la globalización de las migraciones con los importantes problemas de seguridad regional e internacional que se cifra en la inestabilidad que provocan los movimientos masivos y transfronterizos de población. Desde esta nueva perspectiva, resultó perentorio buscar fórmulas originales de aproximación al fenómeno; he aquí la clave de interpretación de los más importantes desarrollos del DIR en las últimas décadas.

Ya sea en atención a las causas del desplazamiento masivo –la violación de los derechos fundamentales, los conflictos armados de carácter internacional y especialmente de carácter interno, la violencia generalizada, la desintegración o descomposición de entidades estatales, etc.– o a las consecuencias de los mismos –no sólo respecto al Estado de acogida que se enfrenta con importantes problemas de toda índole, sino en relación a la amenaza a la paz y seguridad de las regiones afectadas–, el nuevo modelo instaurado en las relaciones internacionales permite experimentar en novedosos campos que podríamos englobar bajo la *dinámica de la prevención de los flujos masivos y resolución de conflictos*.

Los objetivos innatos a la estrategia de prevención de las causas subyacentes a los exilios a gran escala superan la vis clásica que nos conducía al corazón de áreas tan importantes para el Derecho internacional público como el Derecho internacional de los Derechos Humanos –cuyo desarrollo y grado de cumplimiento, así como la capacidad de la comunidad internacional organizada para su implementación, resulta esencial para la prevención de los riesgos que se hallan en el origen de los desplazamientos. En esta etapa de desarrollo no se trata, en singular, de reforzar los mecanismos de protección de los derechos fundamentales –que se encuadran en una perspectiva de la prevención con carácter previo al conflicto y en términos generales–, sino de dar un paso más hacia áreas que se encuentran en el marco de la *responsabi-*

lidad —del Estado y del individuo—, así como estrategias preventivas en el ámbito de la *asistencia internacional*.

En la década de los noventa las pautas generales de la respuesta internacional se centran en la *asistencia humanitaria* que ya no es posible analizar únicamente en su vertiente reparadora, sino como un modelo desincentivador de los flujos masivos a través de la intervención *in situ* y ante la inminencia del éxodo. En opinión del Profesor Peral Fernández, las grandes encrucijadas del Derecho internacional contemporáneo tienen reflejo en la nueva concepción del problema del refugio en masa y en la consiguiente estrategia de *prevención mediante la asistencia*¹. Dados los avances en esta interesante parcela, no se atiende en exclusiva la asistencia humanitaria como forma de protección de la población *in situ* en orden a solventar sus necesidades más perentorias sino también como un instrumento de prevención del exilio de la población que pudiera estar sufriendo una violación masiva de sus derechos esenciales.

Por otro lado, una vez producido el desplazamiento o ante la inminencia del mismo, sus consecuencias no sólo se perciben en el Estado o Estados de acogida con los consecuentes desequilibrios en sus estructuras básicas —económicas y de toda índole—, sino que, a menudo, pasa de ser un problema interno para convertirse en un fenómeno que pudiera constituir una *amenaza a la paz y seguridad internacionales* —calificación que pudiera hacer el Consejo de Seguridad en cumplimiento de sus funciones en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Percibir el potencial éxodo transfronterizo como una amenaza a la “seguridad” presenta problemas de muy difícil solución, así como la salvaguarda de la población en su lugar de origen a través de la creación de las problemáticas “zonas seguras”, o la aplicación coercitiva de dicha asistencia. La práctica internacional reciente nos ha dejado muestras de la necesidad imperiosa de dotar a la comunidad organizada en caso de graves crisis humanitarias de éxodos masivos de los suficientes medios de intervención en materia de prevención, asistencia y protección.

Como puede comprobarse, durante los años ochenta y noventa el desarrollo no sólo cuantitativo sino cualitativo de los desplazamientos en masa —la transformación del contexto internacional en que se producen las causas e incluso la forma de manifestación— han hecho desarrollar estrategias que inciden en otros aspectos diferentes a los que permitieron el nacimiento de esta parcela del Derecho internacional a principios del siglo pasado, mas con la misma finalidad protectora. Conceptos como acción preventiva, intervención humanitaria, asistencia *in situ*, la promoción de la estabilidad a través del

1. PERAL FERNÁNDEZ L. *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 25-26. El autor se centra en el Derecho Internacional de los Refugiados que, en su opinión, resulta ser el más propicio para vertebrar un análisis jurídico y *empírico* sobre el sistema institucionalizado de asistencia internacional y su relación con la prevención del desplazamiento forzoso y con las exigencias de la seguridad colectiva, objeto de su estudio.

mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la persecución de las violaciones de los derechos humanos y la prevención de conflictos, así como la promoción del desarrollo económico y social que resultaban ajenos al DIR en sus orígenes, ahora se encuentran completamente integrados en una suerte de imbricación ineludible que no hace perder la singularidad de cada parcela del ordenamiento, sino que se trata de una *complementariedad necesaria*.

Los desplazamientos masivos de población no son posibles de afrontar desde una perspectiva unidimensional de actuación. En la medida en que no existe una única respuesta normativa resulta imprescindible el análisis desde muy diversos planos. No obstante, por nuestra parte nos vamos a limitar a realizar una reflexión sobre *la acogida temporal de esas poblaciones desplazadas en terceros Estados*, en el marco de la clásica institución del asilo.

Tras la reflexión anterior pudiera parecer que el estudio de la “acogida protectora territorial” de las poblaciones que huyen de forma masiva constituye una perspectiva clásica –que a menudo ha sido calificada de precaria²– e incluso se pudiera entender como menos retardadora. En este sentido, quisiéramos hacer las siguientes observaciones:

–Hoy día no se puede hablar de modelos “tradicionales” o “actuales” de protección, sino de *complementariedad* de las actuaciones.

–No existen modelos precarios o eficaces de protección, sino *convergentes*.

La acogida temporal que se deriva de la Directiva de Protección Temporal surge renovada y aunque conserva muchas de las características de su anteriores filiaciones supone *una nueva estrategia que al mismo tiempo que implica una aportación humilde en la dinámica que ha emprendido el DIR, ha aceptado el reto de entrar en diálogo con esa otra perspectiva citada*.

Así, el dispositivo de Protección temporal europeo interacciona con esas otras medidas, antes de activarse o con carácter previo a su cesación, en la medida en que se define como un mecanismo subsidiario de las mismas –el Consejo ha de entrar a valorar la conveniencia de establecer la protección temporal, teniendo en cuenta las posibilidades de la ayuda de emergencia y de acciones *in situ* o su insuficiencia (art. 5.4.b de la Directiva). Desde el momento en que los mecanismos institucionalizados de prevención de riesgos no son siempre y en términos globales eficaces, consideramos que el “acceso” de las personas necesitadas de protección al territorio de un Estado, aunque se produzca de forma “temporal”, sigue resultando el medio más inmediato y privilegiado de “amparo o protección” frente a los acontecimientos que pudieran poner en peligro su vida, su integridad física o moral o, de forma generalizada, sus derechos fundamentales. En cualquier caso como puede comprobarse, no se trata de ámbitos excluyentes sino de *perspectivas incardinadas en una estrategia global respecto a los desplazamientos en masa*.

2. Así lo ha manifestado, entre otros, el Profesor Peral Fernández. PERAL FERNÁNDEZ L. *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, *ibidem*, p. 25.

Si a ello le unimos sus recientes desarrollos en el ámbito de la Europa comunitaria, el problema de “los desplazamientos forzados y masivos de población” no sólo supone uno de los más importantes desafíos para el Derecho internacional y, en especial, para el Derecho de los Refugiados, sino que la respuesta de “la protección temporal” y, más en concreto, su regulación en el ámbito comunitario se ha convertido en uno de los hitos más importantes de los últimos tiempos, no sólo por lo que supone en el grado de comunitarización de estas materias en el seno de la Unión, sino por las repercusiones que la adopción de una Directiva sobre Protección Temporal –primera norma jurídica de carácter general que regula la acogida territorial de la afluencia masiva de personas desplazadas– pudiera tener en el futuro para el desarrollo de una nueva estrategia de protección para personas en peligro en Derecho internacional.

La protección temporal, lejos de haber perdido vigencia, se ha constituido en un tema estelar en el marco de la Europa comunitaria en los últimos años; representa, además, una *vieja idea con nuevos ropajes*, por lo que su análisis resulta determinante en la medida en que ha de actuar en el contexto del DIR, respecto a su evolución actual. No cabe una respuesta unívoca y singular, la protección temporal es una pieza más del engranaje, pero resulta un reto para la misma la conexión con todas aquellas parcelas con las que está relacionada. La capacidad de la Directiva de Protección Temporal para coadyuvar en la solución de conflictos, la asistencia y protección será una de las cuestiones a dilucidar.

II. LA REGULACIÓN DE LA ACOGIDA TEMPORAL Y LA CLÁSICA DIALÉCTICA ENTRE EL MANTENIMIENTO DE LOS PODERES SOBERANOS Y LOS LÍMITES QUE LE IMPONE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. TODA REGULACIÓN –Y LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN TEMPORAL ES UN CLARO EXPONENTE– RESULTA FRUTO DE ESTE DELICADO EQUILIBRIO.

En la medida en que nuestro análisis se inserta en el ámbito del asilo que concede un Estado en su territorio, nos hemos de referir a la clásica tensión dialéctica –propia de este área– entre las amplias competencias estatales que las normas generales de Derecho internacional reconocen para la regulación de la entrada y permanencia de los extranjeros en su territorio y la necesidad de establecer límites extrínsecos a esa libertad con objeto de una mejor y mayor protección de las poblaciones en peligro.

Se trata de la tradicional confrontación entre dos necesidades que han sido reconocidas por los Estados –en mayor o menor intensidad en función de cada época histórica–, y a la que ha intentado dar respuesta la doctrina desde los albores de nuestra ciencia. Por un lado, la necesidad estatal de conservar un

amplio margen de apreciación sobre quienes debe admitir en su territorio y en qué condiciones y, por otro, la salvaguarda del derecho del individuo a huir del Estado en el que pudiera sufrir persecución u otros atentados a la supervivencia y obtener en consecuencia acogida protectora.

Si bien es verdad que no se trata de una confrontación exclusiva del DIR, sino un reflejo de la tradicional dicotomía entre los dos principios constitucionales del Derecho internacional: la soberanía de los Estados y el reconocimiento de la protección internacional de los derechos humanos³, pudiera explicarse toda la evolución del mismo a través de esta lucha por excluir parcelas en las que existía un poder omnicomprensivo del Estado territorial y trasladarlas a la comunidad internacional para que a través de una regulación superior pudieran limitarse los extensos poderes soberanos en la materia. Ciertamente, algunas obligaciones que derivan de este ordenamiento jurídico suponen un excepcional triunfo sobre la clásica prerrogativa estatal a decidir quién puede entrar en su territorio y bajo qué circunstancias.

En los casos de afluencia masiva esta tensión se hace más evidente y virulenta. Los Estados no se han manifestado conformes con la asunción de concretas obligaciones internacionales respecto a colectivos de personas desplazadas en circunstancias tan excepcionales, a pesar de que se trata de un fenómeno que no ha dejado de producirse a lo largo de todo el siglo precedente. Ello pudiera explicar en gran medida la precariedad normativa en la regulación internacional de las afluencias a gran escala en la que se observa una ausencia de instrumentos jurídicos relativos a estos fenómenos y una excesiva dependencia de aproximaciones *ad hoc* y de obligaciones indirectas.

Los límites al amplio margen de apreciación soberano han venido de la mano tanto del incremento *de la interdependencia estatal*, la cual impone límites a la capacidad del Estado de adoptar decisiones unilaterales en materias que son del interés de la comunidad internacional en su conjunto –también en ámbitos regionales sirve de base a la comunitarización de determinadas materias, entre ellas el asilo, en el seno de la CE–, así como de la creación de un auténtico *corpus iuris en derechos fundamentales*.

3. Probablemente sea el Profesor Carrillo Salcedo quien en mayor medida ha profundizado en el estudio de esta dialéctica del orden internacional, desde la proclamación de la dignidad intrínseca de todo ser humano en la Carta de las Naciones Unidas y en la DUDH. En su opinión, la soberanía de los Estados sigue siendo un principio constitucional del Derecho internacional que no ha sido desplazada de esta posición ni por el fenómeno de Organización Internacional ni por el reconocimiento de la dignidad de la persona, símbolos de los procesos de institucionalización y de humanización experimentados por el Derecho internacional. No obstante, ha quedado erosionada y relativizada por el desarrollo normativo que ha seguido a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. Sobre esta importante transformación del Derecho internacional pueden consultarse sus obras más emblemáticas: CARRILLO SALCEDO, J.A. *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid, 1984. *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991. «Droit international et souveraineté des États», en *R.C.A.D.I.*, 1996 (I).

Si bien las normas de DIR nacen al amparo de las convulsiones de las dos Guerras Mundiales y las consecuencias devastadoras de las mismas, no es menos cierto que se hallan unidas al desarrollo de un espíritu humanitario en virtud del cual la comunidad se sentiría con menos disposición que antes a aceptar el sufrimiento humano con resignación. Por lo tanto, nacen y se desarrollan en relación directa con la consolidación de la protección de los derechos humanos y el incremento de la protección del individuo frente a la "omnipotencia estatal". El proceso de humanización de la sociedad internacional del que son estandartes la *Carta de las Naciones Unidas* y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos nutre las obligaciones estatales de protección de personas en peligro. A mayor conciencia internacional de lo intolerable mayor ámbito de actuación del Derecho de los Refugiados.

En atención a la evolución de esta concreta parcela del ordenamiento jurídico internacional, urge destacar que desde la segunda mitad del siglo XX, estableciendo límites a esa libertad soberana de admisión de extranjeros, se han formado *normas generales protectoras de derechos humanos fundamentales que obligan a los Estados a permitir que, en ciertas circunstancias, extranjeros entren y/o permanezcan en su territorio*⁴.

El principio de *non refoulement* prohíbe cualquier forma de expulsión o entrega de un extranjero a un Estado en el cual su vida o integridad corra peligro de ser lesionada en violación de los correspondientes derechos humanos fundamentales. Con base en la práctica internacional, este principio constituye una norma general de Derecho internacional de *ius cogens* que forma parte del núcleo duro del orden público de la Comunidad internacional. El mismo principio sirve de base inexpugnable tanto a los precedentes remotos y mediatos de la acogida temporal: *temporary refuge* y la protección temporal nacional otorgada con motivo de los desplazamientos masivos de población

4. Reflexión que sostiene el antiguo Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Sadruddin Aga Khan, en la disertación ofrecida en los Cursos de la Academia de Derecho Internacional de la Haya de 1976. Vid. AGA KHAN, S. «Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons», en *R.C.A.D.I.*, 1976 (I), volumen 149, p. 311.

La evolución experimentada en esta materia puede comprobarse con la atenta comparación entre los Cursos de la Academia de Derecho Internacional de la Haya dedicados al estudio de los desplazamientos de población. Tan sólo veintitrés años antes, Reut-Nicolussi debía dedicar gran parte de su discurso a reflexionar sobre la personalidad jurídica del individuo en Derecho internacional desde la clásica doctrina según la cual "the individual does not exist at all...he has no international personality", hasta su consideración como sujeto de este ordenamiento jurídico en épocas más recientes. REUT-NICOLUSSI, E. «Displaced Persons and International Law», *R.C.A.D.I.*, vol. 32-II, 1953, pp. 5-67.

5. Cfr. MARINO MENÉNDEZ, F.M. «La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo», en (Marino Menéndez, F.M. editor) *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 464.

precedentes de la antigua Yugoslavia, como también a la actual acogida que preconiza la Directiva europea⁶.

Aunque en función de estos límites se construyen muchas de las obligaciones que se hallan en la base jurídica de la acogida temporal, quisiéramos hacer algunas precisiones:

–En primer lugar, la tensión dialéctica no es un proceso acabado, sino que se trata de una dinámica innata al sistema con la que ha de convivir necesariamente. La necesidad estatal por mantener un amplio margen de apreciación en relación con la acogida de poblaciones desplazadas se ha dejado ver en todas las etapas de evolución jurídica, inclusive en los trabajos previos a la adopción de la Directiva de Protección Temporal y con su misma adopción. La asunción de esta dialéctica y su carácter de ineludible e inacabada –en la medida en que se trata de dos perspectivas obligadas a convivir inexcusablemente– resulta fundamental para la mejor comprensión de los avances y retrocesos en la regulación de la materia a lo largo de los últimos años y en relación con la Directiva objeto de estudio, *puede explicar los silencios normativos, las aporías del sistema y, por tanto, la mejor ubicación en su auténtico contexto de los recientes avances jurídicos*.

–En cualquier caso y en segundo lugar, consideramos que, más allá de estar llamadas a un cierto enfrentamiento o tensión, se hallan abocadas a complementarse en pro de una adecuada armonía. Toda norma es fruto de un delicado equilibrio entre ambos polos y tiene la virtualidad de servir de modelo, esto es, de reflejo de la más amplia evolución del Derecho internacional y del papel de la persona humana en dicho ordenamiento, así como las particularidades de la solidaridad internacional.

III. LA AUSENCIA DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES INTERNACIONALES DE CARÁCTER GENERAL QUE ATIENDAN LOS DESPLAZAMIENTOS MASIVOS DE POBLACIÓN. LAS RESPUESTAS *AD HOC* Y LA ASISTENCIA INTERNACIONAL EN LA GESTACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE ACOGIDA TEMPORAL.

A pesar de que los desplazamientos forzosos de población resultan un fenómeno tan antiguo como la humanidad, no es hasta principios del siglo XX cuando empieza a obtener una manifestación jurídica la previa concienciación internacional que impedía la indiferencia ante unas circunstancias que colocaban a grupos enteros de personas en una situación de tal desamparo.

6. A lo largo del texto se utilizará el término en inglés “temporary refuge” para poder distinguirlo de la protección temporal que se otorga en Europa con motivo de los desplazamientos provenientes de la antigua Yugoslavia, así como de la Protección Temporal otorgada por la Directiva. Se procede así con objeto de evitar la confusión de instituciones jurídicas.

No se trata, por tanto, de un problema nuevo al que haya de enfrentarse el Derecho internacional contemporáneo, sino que ha resultado un reto para el completo siglo precedente dados los numerosos éxodos masivos de los que ha sido testigo en todas las regiones y le han valido denominaciones tales como *the century of uprooted* o *the century of the homeless man*. Piénsese en los desplazamientos en masa provocados como consecuencia de las dos Guerras Mundiales, así como los derivados de la descolonización en los años sesenta, o aquellos producidos por la proliferación de los conflictos armados internos y la violencia generalizada propia de la descomposición de Estados o de la desintegración del antiguo orden mundial tras la Caída del Muro de Berlín.

Desplazamientos a gran escala se han producido con anterioridad, lo novedoso no deriva de su falta de precedente sino del enfoque que adquiere en cada momento histórico fruto de las circunstancias de los conflictos de los que trae causa. Pudiera decirse que se trata de un viejo problema que en cada ocasión presenta nuevas aristas, demanda nuevas respuestas cuando aún no se habían resuelto de una forma omnicomprensiva las anteriores. Es por ello que se trata de un fenómeno complejo que ha servido a su vez de reto y motor del Derecho de los Refugiados, a pesar de su falta de atención directa sobre el mismo.

Efectivamente, ningún tratado internacional ha abordado este problema con carácter general. Más aún, el DIR se ha desarrollado hacia una tendencia individualizadora impropia de las circunstancias que le vieron nacer caracterizadas precisamente por los *grupos* de personas exiliadas. Se produce así una *paradoja* innata a esta parcela del ordenamiento jurídico, en la cual, siendo los desplazamientos a gran escala su mayor desafío, son los refugiados individualmente considerados para los que se conforma un auténtico sistema de asistencia y protección jurídica con carácter objetivo.

No quiere esto decir que no se hayan ofrecido respuestas desde el Derecho a estos fenómenos tan complejos. Tanto con carácter previo a la adopción del Convenio marco en materia de refugiados como con posterioridad al mismo, la comunidad internacional se ha visto forzada a dar asistencia institucional y protección, al menos temporal, a las personas exiliadas en masa⁸; la

7. Respectivamente: AGA KHAN, S. «Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons», *op. cit.*, p. 293.

8. La Profesora Skran analiza en profundidad el sistema de protección de refugiados en el periodo de entre guerras, bajo el mandato de la Sociedad de Naciones. Resulta interesante atender a una de sus reflexiones en relación a los posibles logros olvidados de aquel periodo que sentaron las bases para algunas de las prácticas posteriores en relación con grandes desplazamientos de población:

“(...) the Inter-war Period is particularly important because it was during this time that an international refugee regime was first created. Much of its history, both successes and failures, has been largely forgotten or ignored, however, probably because of its association with the discredited League of Nations and because of preoccupations with more recent refugee crisis. In this

diferencia reside en que la atención a estos flujos masivos de población parte de la *excepcionalidad del fenómeno y, así, de la excepcionalidad de la respuesta internacional*. Se trata de soluciones *ad hoc* para circunstancias determinadas, por lo que se produce así una particular *dependencia* fáctica que se ha convertido en una característica propia de la regulación de los desplazamientos forzosos y masivos de población.

Al mismo tiempo, ante la inexistencia de concretas normas jurídicas que establecieran la obligación internacional de proporcionar protección en el marco del Convenio de Ginebra para situaciones de éxodo masivo, la acogida temporal ha surgido, paulatinamente, a través de iniciativas de tono *pragmático*. Así resulta de la aplicación de las razones *humanitarias* –tanto la aproximación práctica como la adopción de normas protectoras para refugiados en masa han sido impulsadas de forma principal por consideraciones de tipo humanitario–, ampliamente *dependientes de la asistencia internacional*, y amparándose en el marco jurídico protector del Convenio de Ginebra, de alguna de cuyas obligaciones –en concreto el principio de *non refoulement*– ha hecho un uso indirecto que ha resultado esencial para la conformación de la obligación consuetudinaria de dar acogida temporal a las poblaciones desplazadas.

A pesar de que todo ello se verá con mayor detenimiento con objeto del siguiente análisis, sí resulta interesante avanzar que las bases expuestas se han mantenido, en esencia, actualmente en el marco de la concreta regulación jurídica que ofrece la Directiva de Protección Temporal. Así, es posible afirmar que se conserva tanto el carácter excepcional de la acogida temporal –no en vano se define como un procedimiento de carácter excepcional para casos de afluencia masiva, en su artículo 2. a), no aplicable, pues, con carácter generalizado para cualquier tipo de desplazamiento, ni siquiera para cualquier exilio en masa–, como su sustento en la cooperación o asistencia internacional. En este caso, la acogida en el territorio de los Estados miembros viene apoyada por la llamada “solidaridad comunitaria” –un mecanismo de reparto de responsabilidades de carácter no sólo financiero sino también de distribución física de los desplazados entre los Estados miembros (el conocido principio de *burden sharing* o *responsability sharing*). La diferencia sustancial puede contemplarse, por tanto, en *el abandono de las fórmulas ad hoc, para conformar un sistema de acogida temporal jurídicamente obligatorio con carácter*

case, a lack of institutional memory has meant that refugee practitioners have had to reinvent the wheel. For instance, in the early 1980s government and UNHCR officials began to stress the need for refugee aid to be linked to development assistance, resulting in a international conference, ICARA II, on development and African refugees. While presented as a ‘new’ idea at the time, in fact the notion was a long-delayed revival of some of the ideas behind the League of Nations sponsored settlement programmes for refugees in Greece and Bulgaria in the 1920s”.

SKRAN, C.M. *Refugees in Inter-War Europe. The Emergence of a Regime*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 10.

general y, de esta forma, con un estatuto jurídico y reglas de procedimiento preestablecidas con anterioridad al desplazamiento en sí.

IV. LA CONVENCION DE GINEBRA SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS Y SU PROTOCOLO ADICIONAL DE 1967. LA DETERMINACION SINGULAR DEL ESTATUTO Y EL CARACTER INDIVIDUALIZADO DE LA PERSECUCION *VERSUS* LA DETERMINACION GRUPAL *PRIMA FACIE* Y LA NATURALEZA MIXTA DE LOS EXODOS MASIVOS.

Las exigencias humanitarias y de solidaridad internacional llevaron a la adopción de un régimen específico para la protección de los refugiados⁹. Iniciado tras el periodo de entreguerras, se conforma a través del Estatuto del Alto Comisionado de Naciones Unidas y el Convenio de Ginebra de 1951, junto a cuyo Protocolo Adicional lo convierten en la llamada “Carta Magna de los Refugiados” y el instrumento jurídico que por primera vez conserva una categoría objetiva de refugiado que es la universalmente aceptada¹⁰.

En línea con la última fase de la evolución precedente, el Convenio *hace desaparecer la dimensión colectiva de la definición de refugiado ofreciendo un concepto individualista* que obliga a un estudio de los méritos –objetivos y subjetivos– de los solicitantes por parte de los Estados miembros, con un sistema claramente descentralizado.

En función del artículo 1.A.2 de la Convención, Refugiado es

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

Sin entrar en los extensos y complejos problemas de interpretación de los motivos enunciados, así como del significado de “persecución”¹¹, lo cierto es

9. CARRILLO SALCEDO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*. Tecnos, Madrid, 1994, p. 266.

10. La Convención se adopta el 28 de julio de 1951 y su entrada en vigor se produce con carácter general el 22 de abril de 1954. Su entrada en vigor para España data del 12 de noviembre de 1978 (*BOE* de 21 de octubre de 1978). El Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados se adopta el 31 de enero de 1967, entra en vigor con carácter general el 4 de octubre de 1967 y para España el 14 de agosto de 1978 (*BOE* de 21 de octubre de 1978, corrección de errores en *BOE* de 14 de noviembre de 1978).

11. El hecho de que el Convenio de Ginebra no previese ningún mecanismo internacional encargado de velar por una interpretación armonizada de su contenido ha devenido en una divergente concepción de sus nociones básicas, en función del Estado de que se trate, a cuyos órganos internos compete tal tarea. En cualquier caso, el Alto Comisionado en aplicación de su

que los Estados están obligados a recibir las solicitudes de asilo que se presenten ante sus autoridades y examinarlas en un *procedimiento de elegibilidad individual* diseñado en el ordenamiento jurídico interno –la Convención no estipula ninguna disposición al respecto, pero así se deduce de su articulado y de esta forma ha sido interpretado por los Estados miembros–; la persona, por su parte, tiene derecho a que su solicitud sea examinada y se le otorgue el estatuto si, como se ha señalado, cumple con los requisitos establecidos para su obtención, es decir, resulta una *persona individualmente perseguida por los motivos tasados* –un derecho a obtener refugio tal cual no está actualmente garantizado, sigue en manos de la voluntad soberana del Estado.

El “refugio” se confirma como una clase particular de asilo otorgado a extranjeros perseguidos por los específicos motivos determinados en la definición de Ginebra, de forma taxativa. Lo que los caracteriza es la persecución individualizada de la que ellos temen fundamentamente ser objeto.

Esta breve explicación nos puede arrojar las suficientes luces sobre cuáles son los problemas que plantea tal sistema en aplicación a los desplazamientos masivos.

–Las particularidades del examen individualizado resulta inoperante en caso de desplazamiento a gran escala. En plena Guerra Fría, marco histórico para el que estaba llamado a aplicarse el Convenio de Ginebra, se entendió suficientemente protector el modelo singular. Los solicitantes de asilo que se esperaban en Europa –aquellos huidos del régimen comunista– contarían con un sistema de acogida que en ausencia de la posibilidad certera a corto plazo de contar con una vuelta a casa, estaría orientado a la integración en Occidente de los mismos. No obstante, poco tiempo después de la adopción de la Convención de 1951, desplazamientos en masa desbordan las fronteras europeas y más tarde, con mayor intensidad, las de otras regiones del mundo demostrando la inoperatividad del sistema de determinación del estatuto. Las respuestas jurídicas e institucionales vinieron de la mano del establecimiento de una *determinación grupal prima facie* de su consideración como refugiados a través de la intervención directa del ACNUR. Se procuraba, así, la concesión al menos de “acogida temporal” en los Estados a los que se habían dirigido los desplazados y la atención inmediata que requerían estas víctimas,

Estatuto y de las competencias que a tal efecto le confiere el Convenio (art. 35), ha asumido ese rol, en especial, a través de la labor emprendida por el Comité Ejecutivo. Dejando a un lado, pues, la necesidad de los análisis de Derecho comparado, para el estudio del concepto de refugiado o del término “persecución”, se recomienda ver: ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, Ginebra, 1992. Las Conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la Protección de los Refugiados, desde 1975. Así como los Tratados sobre el tema más emblemáticos: GOODWIN-GILL, G.S. *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996. GRAHL-MADSEN, A. *The Status of Refugee in International Law*, 2 volúmenes: A.W.Sijthoff-Leyden, 1966 y 1972. HATHAWAY, J. *The Law of Refugee Status*, Butterworths, Toronto-Vancouver, 1991.

que recibían la asistencia institucionalizada en espera de su pronta repatriación o reasentamiento en un tercer país. Si bien es verdad que el Convenio de Ginebra no excluye *per se* la aplicación de este procedimiento de determinación grupal tras el cual pudiera concederse el estatuto de Ginebra, no ha sido ésta la intención demostrada, al menos por los Estados europeos, los cuales rechazan expresamente esta posibilidad en la redacción de la Directiva de Protección Temporal¹².

—En segundo lugar, se ha de tomar en consideración que en caso de gran desplazamiento de población, las necesidades “urgentes” de asistencia y protección no están garantizadas a través del Convenio ginebrino, cuya principal garantía, esto es, la concesión del estatuto de refugiado, requiere de trámites que no casan con la celeridad necesaria de estas emergencias. De igual forma, una acogida orientada hacia la integración —no es otra la principal razón de ser de la mayor parte de su articulado— quizás no resulte en este caso la mejor opción. Aquí es donde se plantea la dicotomía entre el carácter temporal de la acogida para éxodos masivos *versus* acogida orientada hacia la integración que preconiza el Convenio de Ginebra. Bien es verdad que el Tratado permite la utilización de la cláusula de cesación dispuesta en los artículos 1 C 5 y 6 si los motivos del exilio resultan más perentorios. Sin embargo, nos encontramos con los mismos motivos de inoperancia, en este caso, debido a que los Estados europeos cuentan con procedimientos excesivamente complejos para llevar a cabo la aplicación de dichas cláusulas¹³.

12. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva de 2000*, la Comisión afirma: “Aunque la Convención de Ginebra no excluye automáticamente el reconocimiento del estatuto de refugiado a grupos enteros de personas (*prima facie*), la mayoría de los Estados miembros se muestran reticentes a recurrir a esta posibilidad. Del mismo modo, los Estados raramente aplican el artículo 1 C de la Convención, que contiene una referencia explícita a la posibilidad de retirarle a una persona el estatuto de refugiado”. *Propuesta de Directiva de 2000*, para. 2.2, p. 4.

Con esta precaria explicación se resuelve en Europa este dilema. La tendencia a la no aplicación del Convenio en caso de flujos masivos y la preferencia por la conformación de sistemas de protección temporal en esos casos estaba asentada.

No obstante lo cual, ACNUR no ha dejado de referirse a la consideración de la aplicación del *group determination of refugee status on a prima facie basis*, y así lo recomienda en casos de éxodos en masa (junto con la posibilidad de utilización de la protección temporal), en la reflexión respecto a este importante desafío para el DIR en el marco de las *Global Consultation* de 2001. *Vid. Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework*, EC/GC/01/4, 19 de febrero de 2001.

En el mismo sentido y con un estudio pormenorizado de los casos en los que se ha utilizado una determinación grupal desde 1921 hasta los años ochenta, puede consultarse: JACKSON, I. C. *The Refugee Concept in Group Situations*. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 1999.

13. En opinión del Profesor Kálin, «many governments obviously fear that, in administrative terms, it would be a very burden to grant asylum and then withdraw it after a relative short period of time. Again, in their perspective, temporary protection offers the advantage of more flexibility and less procedural and administrative costs». KÁLIN, W. ‘Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism’, en *GYIL*, vol. 44, 2001, p. 211.

—Por último, resulta obligado atender al carácter mixto de los motivos de huida en caso de flujo masivo, a diferencia de las nítidas causas tasadas en Ginebra. Los éxodos en masa no se hallan vinculados tanto con una persecución *stricto sensu* sino con las consecuencias de la desintegración de Estados, la multiplicación de los conflictos interétnicos, las contiendas armadas internas, la violación sistemática de los derechos humanos o la violencia generalizada que conllevan los anteriores acontecimientos. En estos casos de graves crisis humanitarias y políticas prima la concesión de acogida inmediata, así como de asistencia, más que la determinación caso por caso de los motivos por los que se solicita protección en las fronteras de un Estado vecino.

De esta forma, poco tiempo después de la adopción del Convenio ginebrino, especialmente en determinadas regiones del mundo, el enfoque individualizado de la persecución y la atención a determinadas causas tasadas fue considerado insuficiente para atender a las numerosas personas que acudían en masa a las fronteras de los Estados. Tras la aplicación de la respuesta tradicional a través de una determinación grupal *prima facie* de refugiado, con el consabido beneplácito y asistencia del ACNUR que empieza hacer uso de la técnica de los buenos oficios, se considera la posibilidad de adoptar instrumentos jurídicos regionales que fueran aplicables a dichas situaciones. Es el caso de la *Convención relativa a los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África*, de 10 de septiembre de 1969 —como consecuencia de las convulsiones provocadas por la descolonización del continente¹⁴—, así como la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, de 22 de noviembre de 1984 —en orden a atender a las víctimas de los conflictos generalizados en la década de los setenta y ochenta¹⁵.

Ambas amplían los motivos por los cuales las personas pueden considerarse “necesitadas de protección”. Lo que en cualquier caso se solventaba con una acogida temporal y la asistencia institucionalizada imprescindible cuando se trata de grandes desplazamientos producidos en países en vías de desarrollo.

14. Esta Convención fue adoptada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana en su sexto periodo ordinario, en la ciudad de Addis Abeba, entrando en vigor el 20 de junio de 1974.

15. La solución al problema de los desplazamientos masivos en América Latina se había convertido en un requisito *sine qua non* para la obtención de un proceso de paz en la región. De esta forma, a iniciativa del Alto Comisionado, el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo (CRESET) y la Universidad Nacional de Colombia, se celebró en Cartagena de Indias, entre los días 19 y 22 de noviembre de 1984, una reunión de expertos y representantes gubernamentales (de Belice, Costa Rica, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela) preocupados por la búsqueda de soluciones regionales adecuadas la situación de los refugiados en esta parte del mundo. No surge pues, en el marco de una Organización interestatal como en África sino a través de un grupo *ad hoc*, no gubernamental, aunque con el apoyo de Gobiernos y Organizaciones Internacionales. Del Coloquio surgió la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, el 22 de noviembre de 1984.

La delimitación del ámbito material de la “necesidad derivada de la persecución” frente al de otras situaciones de “necesidad no originada por la persecución”, no solamente es difícil de realizar, sino que nos coloca de lleno en el contexto de las interconexiones entre las normas de asilo y las normas relativas a inmigración y extranjería. El terreno gris de mayor interferencia se encuentra en la imprecisa categoría de extranjeros *acogidos por motivos humanitarios*¹⁶.

Así es como responde Europa ante el desafío del cambio en las causas subyacentes en los éxodos de población. La interpretación del concepto de refugiado se hace si cabe más estricta, procediendo a la concesión para esas otras categorías, “refugiados *de facto*” o “refugiados de la violencia”, los llamados estatuto B o C, es decir, una protección de carácter temporal –también llamada así en algunos casos– incardinada, a menudo, en la legislación de extranjería y sujeta a un amplio margen de apreciación estatal.

Cuando el principal desafío al que parecían llamados los Estados en Europa consistía en proporcionar una adecuada respuesta al problema de los *refugiados de facto*, la crisis en la ex Yugoslavia sorprende a todos con el mayor desplazamiento masivo en nuestro continente desde la Segunda Guerra Mundial. El problema no era, en exclusiva, una cuestión de si se trataba o no de personas que pudieran reclamar el estatuto ginebrino sino de la incapacidad administrativa para atender las necesidades asistenciales y de protección urgente que reclamaban estos colectivos.

Ni los dispositivos de protección temporal otorgados a tal efecto en diferentes países de la Unión Europea, ni la actual Directiva de Protección Temporal responden a la necesidad específica de ampliar el concepto de refugiado sino a la más perentoria de arbitrar mecanismos para atender flujos masivos sin colapsar las estructuras tradicionales de asilo, en una forma de complemento del mismo.

Acaso pudiera afirmarse que igual que el refugio de Ginebra es hijo del orden establecido en Yalta, la protección temporal europea es hija de la caída del Muro de Berlín.

Nuevas circunstancias internacionales requieren de novedosos enfoques en la protección internacional para desplazamientos que surgen de causas diversas a las que se podía atender en los años cincuenta; que se manifiestan en una magnitud que exige de una protección y asistencia inmediata; y que han de hallarse en consonancia con las posibilidades de atención de los conflictos internacionales que surgen de ese nuevo orden internacional.

Por todo ello, resulta importante destacar:

–Los Estados miembros de la Unión Europea insisten desde hace tiempo –y se viene a confirmar en la actual construcción del sistema europeo común

16. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. «La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo», *op. cit.*, p. 472.

de asilo–, en establecer una clara delimitación entre las personas que se pueden considerar “refugiados” en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951 y aquellos llamados “refugiados de facto”. Se ha rechazado tajantemente la asimilación de ambas categorías. La Protección Temporal de la Directiva vendría a ofrecer acogida a un concepto de persona desplazada que pudiera incluir a ambas siempre que se manifiesten en afluencia masiva, sin alterar esta tradicional diferenciación de personas necesitadas de protección y sin utilizar los mecanismos del Convenio.

–Es imprescindible hacer una clara distinción entre la “cualidad temporal” –como limitada en el tiempo– de la acogida y el dispositivo de Protección Temporal de la Directiva. La temporalidad en la acogida es una tendencia que se ha hecho más común en los últimos años y de ella se deriva la protección otorgada tanto en casos de personas que huyen por motivos diferentes a los contemplados en Ginebra que se manifiestan de forma individualizada, así como aquellos flujos mixtos que se producen en masa. Sin embargo, en virtud de los nuevos desarrollos normativos que se vienen realizando desde el Tratado de Amsterdam, a los primeros se les pretende otorgar la llamada “Protección Subsidiaria”¹⁷ y a los segundos se les concede Protección Temporal y a ellos va dirigida, en exclusiva, la Directiva objeto de este análisis. Cuando se ha estudiado la “protección temporal” *stricto sensu* ha podido ir referida a ambos supuestos; de ahí se ha derivado cierta confusión que tanto ACNUR (que reclama la distinción entre “protección complementaria” y “protección temporal”), como ahora la Unión Europea (“protección subsidiaria” y “protección temporal”) pretenden disipar¹⁸.

17. *Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiado o personas que necesitan otro tipo de protección internacional, y al contenido de la protección concedida*. DOUE L 304, 30/09/2004, pp. 012-023 (en adelante: *Directiva sobre Refugiados y Protección Subsidiaria*).

Se trataría de personas que se considera no reúnen los requisitos para ser refugiado, pero si podrían enfrentarse a un riesgo real de sufrir algunos de los *daños graves* definidos en el artículo 15 de la Directiva: condena a la pena de muerte o su ejecución; tortura o la pena o trato inhumano o degradante; amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por la violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno. La tendencia de la normativa comunitaria es la de asimilar el estatuto de los refugiados y los beneficiarios de la protección subsidiaria.

18. Confróntense las palabras de la Profesora Fitzpatrick y las del Profesor Kälin.

“(…) some are dissatisfied because the 1951 Convention does not encompass all forced migrant generally acknowledged to be in need of international protection. Formalization of temporary protection could fill this gap in international legal standards, and provide a comprehensive framework to substitute for the current patchwork of national TP laws and practices”.

FITZPATRICK, J. «Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime», en *AJIL*, vol. 94, nº 2, 2000, p. 287.

—La Directiva de Protección Temporal, en consecuencia, no está dirigida a atender el problema de los llamados *refugiados de facto*, cuya problemática ha sido el principal motivo de preocupación doctrinal de los años ochenta y parte de los noventa, aunque ello no es óbice para que la Directiva coadyuve a asentar el concepto de “persona necesitada de protección internacional”, pues no todos los que se manifiestan en *mass influx* serán objeto de la atención del dispositivo. La Directiva tendrá probablemente ese efecto *docente* en los ordenamientos internos de los Estados que aún no tengan clarificada esta distinción.

—Se trata de dar una protección inmediata a todas las personas afectadas a través de un dispositivo temporal que confirma la obligación de acogida que derivaría del principio de *non refoulement*, pues ya hemos apuntado que estos colectivos pueden ser refugiados o acreedores de la protección subsidiaria y les sería éste aplicable, de igual forma.

Según el artículo 33 del Convenio de 1951:

“1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.

De esta forma, aunque el Convenio de Ginebra no resulta directamente aplicable a los casos de éxodo masivo debido en gran medida a las dificultades expuestas, ello no resulta óbice para que sea una disposición del mismo —el principio de *non refoulement*—, la base jurídica de la acogida temporal debida a estos colectivos.

En la medida en que no es posible proceder a una expulsión —ni rechazo en frontera, como veremos a continuación— del colectivo parece obligado conceder una acogida al menos de carácter temporal. El artículo 33 del Convenio nos interesa, pues, en dos sentidos:

En primer término, si efectivamente no resulta jurídicamente posible devolver a la persona que se considera amenazada, ello nos plantea el interrogante de si la aplicación del principio de *non refoulement* pudiera equivaler a un derecho de admisión en el Estado en el que se ha solicitado

Sin embargo, atendiendo al tenor de la Directiva y en palabras del Profesor Kälín:

“The EC Directive takes a different approach. Neither the text of the directive nor the Explanatory Memorandum of the Commission name as objective the need to address the protection gap between the narrower category of persons falling under the 1951 Refugee Convention and the wider category of victims of armed conflicts in need of international protection. The Explanatory Memorandum rather highlights the need for an instrument allowing for an interim response in situation of mass-influx where the danger of overburdening the asylum-procedures is real”.

KÄLIN, W. «Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism», *op. cit.*, p. 208.

protección. Si bien es cierto que no existe un derecho de asilo, subjetivamente considerado, a nivel internacional, los Estados europeos están obligados a recibir cualquier solicitud y, en general, se considera que al menos habría que otorgar un “asilo provisional” a los mismos. Dicha interpretación se encuentra ampliamente reconocida respecto de los refugiados *de facto* que aparecen de forma individualizada, pero, ¿puede considerarse igualmente respecto de los desplazamientos a gran escala?

En ese sentido, en segundo término, es fundamental dilucidar si efectivamente puede deducirse de la evolución del DIR que el principio de no devolución pudiera resultar de aplicación igualmente en casos de afluencia masiva y, en ese caso, si equivaldría a una admisión en el territorio aunque fuere con una base temporal o perentoria. Se trata, en definitiva, de atender a la evolución del principio de *non refoulement*, incardinado en el derecho de los refugiados, como factor o motor de la evolución hacia la protección temporal. Se procede a ver con más detenimiento estas cuestiones en el siguiente apartado.

V. LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN GENERAL DE TODO ESTADO DE PERMITIR LA ENTRADA Y AL MENOS EL “REFUGIO TEMPORAL” EN CASO DE SER APLICABLE EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN A CASOS DE DESPLAZAMIENTO A GRAN ESCALA.

Tal y como viene apuntándose, el principio de *non refoulement* no sólo ha devenido en una de las fórmulas más importantes de cara a una correcta limitación del amplio margen de apreciación estatal, en lo que respecta a la admisión de extranjeros en su territorio, sino que ha resultado el principal motor de la evolución del DIR en este último medio siglo. Y, por lo que respecta a nuestro objeto de análisis, se ha convertido en estímulo determinante para la conformación de la obligación de acogida temporal. Puede decirse, por tanto, que el principio de no devolución se halla en la base o resulta fundamento tanto del antecedente remoto –*temporary refuge*–, como del antecedente mediato –modelos de protección nacional otorgados en Europa en los noventa–, de la Protección Temporal de la Directiva que se analiza¹⁹. Veamos por qué.

19. En el marco del Comité Ejecutivo y respecto al *temporary refuge* ver la Conclusión número 22 (XXXII), de 1981. En cuanto al que consideramos antecedente mediato: las medidas de protección temporal nacionales impulsadas por ACNUR en el marco de la conflagración yugoslava, véase la número 74 (XLV), de 1994. En ambas se identifica el principio de no devolución en la base de los dispositivos de acogida. De igual forma, la profesora Fitzpatrick destaca la relación de simbiosis que mantienen al considerar que la protección temporal para flujos masivos de población *reinforcing the norm of non refoulement*. Cfr. FITZPATRICK, J. ‘Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime’, *op. cit.*, p. 295.

Los estudios más recientes y pormenorizados en torno al principio de *non refoulement*²⁰ confirman su carácter consuetudinario –aplicable por tanto a cualquier Estado sea o no parte en la Convención de Ginebra–, en torno a una interpretación *ampliada* según la cual, en virtud del mismo, se prohíbe cualquier forma de expulsión o entrega de un extranjero a un Estado en el cual su vida, integridad física y moral o libertad corran peligro de ser lesionadas en violación de los correspondientes derechos humanos fundamentales de los que toda persona en titular y que constituyen el estándar mínimo universal, cuya validez nunca puede ser suspendida, incluida su interceptación, *rechazo en frontera* o devolución indirecta²¹.

A pesar de esta importante evolución del principio –y de la propia conformación de los derechos fundamentales–, en la actualidad aún no es posible afirmar que la prohibición de no devolución pudiera equivaler a un derecho subjetivo individual al asilo en el Derecho internacional público²². Un Estado

20. Nos referimos al excelente análisis efectuado por los Profesores Lauterpacht y Bethlehem en el marco de las Consultas Globales organizadas por el Alto Comisionado con motivo del cincuenta aniversario del Convenio. LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D. *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, 20 de junio de 2001.

ACNUR hace suya las principales conclusiones del estudio: *El Principio de no-devolución. Consultas Globales sobre la Protección Internacional*, Mesa Redonda de expertos en Cambridge (9-10 de julio de 2001), organizada por el Alto Comisionado de Naciones Unidas y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho Internacional. Resumen de las Conclusiones, para. 4 y 5.

21. Es posible afirmar que no sólo se trata de una costumbre de carácter universal sino inclusive, una norma de Derecho internacional general imperativa, o de *ius cogens*, que implica una obligación *erga omnes* en los términos de evolución expansiva expuestos.

En la doctrina española, *Cfr.* MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. «El asilo y sus modalidades en Derecho Internacional», en *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. (Mariño Menéndez, Fernando M y otros), Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1995, p. 514. Recientemente y en confirmación de la reflexión anterior, el Profesor Mariño ha estimado que el principio de no devolución forma parte del núcleo duro del «orden público» de la Comunidad internacional. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. «La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo», *op. cit.*, p. 464.

Sobre el carácter de *ius cogens* del principio de no devolución, *vid* el exhaustivo estudio de la Profesora GORTÁZAR ROTACHE, *Derecho de asilo y 'no rechazo' del Refugiado*. Universidad Pontificia de Comillas, Dykinson, 1997, p.287-368. En concreto, su conclusión se manifiesta en los siguientes términos: "(...) considero que la regla de *non refoulement* forma parte del *ius cogens* internacional, ya que los derechos humanos básicos –el derecho a la vida, y a la libertad–, son ejemplo claro de norma de *ius cogens* y, como corolario de ellos, debe seguirse el derecho de *non refoulement*. Esta catalogación de la regla de *non refoulement* como norma general imperativa tiene indudables consecuencias en cuanto a la relación con otras normas jurídicas –sean convencionales o consuetudinarias–, sobre las que, incluso en un ordenamiento no regido por el principio de jerarquía normativa, primarían de modo absoluto y con carácter inderogable", (p. 372).

22. Véase al respecto la *Declaración sobre el Asilo Territorial* (Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1967) que incluye el artículo 14 de la DUDH y —en un intento de superación de la misma— los infructuosos resultados de la Conferencia de Ginebra de 1977 (en la que se debate el famoso Proyecto Bellagio 1971-72), la cual tan sólo recoge que los Estados harán *todo lo posible* por conceder asilo.

a cuya frontera acuden personas necesitadas de protección internacional no parece que pudiera legítimamente negarse a la acogida de los mismos; sin embargo, en ningún caso se vería compelido por las normas generales internacionales a la concesión de la protección completa y prolongada que supone el asilo. Es por ello que un adecuado cumplimiento del principio de no devolución, considerado éste como no rechazo en frontera, exige de alguna otra medida protectora de los derechos de los individuos en exilio. En este sentido, nos hacemos partícipes de la reflexión al respecto de los Profesores Lauterpacht y Bethlehem. Ambos estiman que:

“(…) This does not mean however, that States are free to reject at the frontier, without constrain, those who have a well-founded fear of persecution. What it does mean is that, where States are not prepared to grant asylum to persons who have well-founded fear of persecution, they must adopt a course that does not amount to *refoulement*. This may involve removal to a safe third country or some other solution such as temporary protection or refuge. No other analysis, in our view, is consistent with the terms of Article 33 (1)”²³.

Si bien la conformación de una obligación jurídica consuetudinaria en este sentido parece asentarse firmemente en las Instituciones y en la doctrina, cabría plantearse si la misma resultaba aplicable no sólo al “individuo perseguido” sino también, a aquellos que por las mismas razones, acudieren *en masa* a las fronteras de un país determinado.

Una vez parecía haberse asumido la necesidad de aumentar los motivos por los cuales las personas podían sentirse compelidas a huir, y en la medida en que habitualmente éstas se manifestaban con carácter masivo, pudiera interpretarse que la obligación de otorgar al menos refugio temporal también estaba referida a estas situaciones de excepcional emergencia.

Sin embargo, la aplicación del principio de no devolución a los casos de desplazamiento forzoso de población a gran escala no ha resultado objeto de consenso hasta hace relativamente poco tiempo –si es que se ha resuelto del todo, en realidad. Aún suenan las tajantes afirmaciones de la Profesora Zoller, en su disertación sobre el derecho de asilo en el Centro de Estudios de la Academia de Derecho Internacional de la Haya en 1989, cuyas conclusiones sobre el carácter consuetudinario del principio de no devolución en circunstancias de afluencia masiva tenía importantes consecuencias sobre el valor jurídico del entonces llamado *temporary refuge* o *refuge temporaire*:

“En cas d'afflux massifs, aucun doute n'est possible. Le non-refoulement n'est pas une règle coutumière parce que, dans ces hypothèse, la pratique de refouler ou de ne pas refouler n'est pas 'acceptée comme étant le droit'. En un mot, il n'y a pas d'*opinio juris*, ni positivement, ni négativement.

23. LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D. *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, *op. cit.*, p.164.

Lorsque des Etats ont appliqué l'obligation de non-refoulement, c'est-à-dire lorsqu'ils ont accordé un refuge temporaire aux demandeurs d'asile, ils ont toujours invariablement affirmé qu'ils fondaient leur action sur des considérations humanitaires, ce qui revient à dire qu'ils ne s'estimaient pas obligés de garantir ledit refuge temporaire; bref, qu'ils n'agissaient pas avec le sentiment de se conformer à une obligation juridique. A partir de là, on ne voit pas comment le principe de l'asile temporaire aurait pu devenir un principe coutumier du droit international (...) L'asile temporaire de milliers de réfugiés relève de la charité, mais non du droit international²⁴.

Un análisis basado en los trabajos preparatorios del Convenio de Ginebra, en su *lex lata* y práctica restrictiva estatal²⁵, no resulta del todo representativo en los Tratados de carácter humanitario, en los cuales, el objeto y fin del mismo resulta un elemento esencial de las reglas hermenéuticas de interpretación. Los trabajos preparatorios y las circunstancias de adopción del mismo pierden relevancia cuando existe una importante distancia en el tiempo; en ese sentido, tanto la negociación como la letra del Convenio debieran ser interpretadas con el cuidado que requiere un instrumento que está llamado a aplicarse en circunstancias tan diferentes como las actuales²⁶.

Así, los Profesores Lauterpacht y Bethlehem se muestran conformes con la aplicación del principio de *non refoulement* en caso de éxodo masivo de población –aunque, no se pronuncian sobre el carácter jurídico de la norma de acogida temporal propuesta.

“(...) The words of Article 33 (1) give no reason to exclude the application of the principle to situations of mass influx. On the contrary, read in the light of the

24. ZOLLER, E. *Le Droit D'asile*, 1989 Centre d'Étude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales, Académie de Droit International de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1990, p. 27. La autora sólo reconoce el valor del principio de *non refoulement* como norma de Derecho consuetudinario en su dimensión individual –es decir respecto a un individuo o pequeño grupo de personas–, respecto de la cual el Estado conserva, en todo caso, un importante margen de apreciación.

25. Recuérdese que durante los trabajos en la Conferencia de Plenipotenciarios, los Representantes de países como Alemania, Bélgica, Italia, Países Bajos o Suiza se habían manifestado en contra de la aplicación del artículo 33 a los casos de flujos masivos. *Vid.* NACIONES UNIDAS, A/CONF.2/SR.35, p. 21. ROBINSON, N. *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, New York, 1953, p. 163. WEIS, P. *The Refugee Convention, 1951. The Travaux Préparatoires Analysed, with a Commentary by the Late Dr. Paul Weis*, Cambridge University Press, Oxford, 1995, pp. 325-344. Interpretación confirmada por el tenor de la *Declaración sobre el Asilo Territorial*, en cuyo artículo 3.2. se contempla la posibilidad de establecer excepciones al derecho de asilo sólo por razones de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas. Igualmente en la Conferencia de Ginebra de 1977, A/CONF./78//12 (12 de abril de 1977), anexo I, p. 53.

26. Los Profesores Lauterpacht y Bethlehem aportan una importante jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en apoyo de dicho análisis. LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D. *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, *op. cit.*, pp. 154-157.

humanitarian object of the treaty and the fundamental character of the principle, the principle must apply unless its application is clearly excluded”²⁷.

Ya se conoce la prestación a equívocos del derecho de asilo, el cual resulta al mismo tiempo derecho humano internacionalmente reconocido y gracia del Estado. Aparecen disociados el principio de *non refoulement* y el de asilo obteniendo como resultado una aporía que probablemente resultara de la negativa estatal a asumir obligaciones jurídicas respecto de grandes masas de desplazados. Dicha paradoja ha tenido como respuesta el *temporary refuge* –no sin contestación por parte de los Estados presentes en los primeros debates en torno a la conceptualización de este concepto en los años ochenta. La importante evolución experimentada por el principio de *non refoulement* no ha devenido en un derecho de admisión equivalente al asilo sino que su corolario esencial radica en la *admisión temporal*.

Puede deducirse de la evolución normativa experimentada y de la práctica de los Estados –que así lo confirma– que la acogida territorial de carácter provisorio de poblaciones desplazadas en gran número ha resultado la respuesta tradicional de la comunidad internacional. Ésta se basa en el principio de *non refoulement in extensis*, no sólo respecto del contenido, en la medida en que incluye la prohibición de rechazo en frontera, sino en cuanto a su ámbito de aplicación, pues –a pesar de la expresa exclusión en la *lex lata*– los casos de desplazamientos masivos de población han resultado los beneficiarios de tales medidas protectoras arbitradas.

Si bien consideramos incontestable la aplicación del principio de no devolución a los desplazamientos en masa y su corolario esencial en las fórmulas de acogida temporal quedaría por dilucidar si este modelo de asilo se considera igualmente una norma de obligado cumplimiento por parte de todos los Estados de la comunidad internacional. La consideración del *temporary refuge* como norma de Derecho consuetudinario ya había sido defendida con ahínco en el famoso estudio de las Profesoras Perluss y Hartman en los tempranos años ochenta²⁸, sin embargo, no es posible hablar de consenso

27. LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D. *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, *ibidem*, p.170.

28. HARTMAN, J. F.; PERLUSS, D. ‘Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm’, en *Va. JIL*, vol. 26, 1986, p. 551-626. En contra, *inter alia*, GORTÁZAR ROTAECHE, *Derecho de asilo y no rechazo del Refugiado*, *op. cit.*, p. 37.

En el *Workshop on Temporary Protection: Comparative Policies and Practice*, organizado por el *Institute for the Study of International Migration* (ISIM) de la Georgetown University y el *German Marshall Fund* –celebrado en Washington los días 5 y 6 de marzo de 1999–, donde se dan cita tanto académicos como autoridades gubernamentales en un intento de aunar criterios transatlánticos en la materia, puede asistirse a la siguiente discusión de la que nos hace partícipes Nadia Yakoob:

“In situation of mass influx, the primary need is to secure admission. Translating this need into legal obligation on receiving States is the challenge. Other reasoned that since States have

doctrinal en este sentido, especialmente porque las fórmulas de acogida temporal se han considerado excesivamente dependientes de la asistencia internacional y, en ese sentido, no parece que pudiera formalizar una norma de Derecho internacional general en tales casos.

No obstante, al igual que no se puede negar que la acogida temporal resulta el corolario esencial de la aplicación del principio de no devolución en casos de desplazamientos masivos de población, la misma práctica y *opinio iuris* que nos sirve para apoyar tal afirmación deviene sustento para afirmar el carácter consuetudinario de dicha acogida aunque bien es cierto, con sus particularidades:

—la norma consuetudinaria resulta muy sensible al amplio margen de apreciación que conserva el Estado en esta parcela del ordenamiento, puesto que le permite aplicar cláusulas de excepción en situaciones de grandes afluencias en masa. La volubilidad del Estado condicionado por las circunstancias internacionales en las que se produce el éxodo masivo resulta determinante —ya se había tomado en consideración esta premisa en el apartado segundo de este capítulo.

—La acogida protectora temporal se manifiesta altamente dependiente de la asistencia institucionalizada —pudiera decirse inclusive que ACNUR es el auténtico artefacto del modelo de protección temporal, tanto en su versión remota como respecto a la crisis yugoslava. Ello no quiere decir —en nuestra opinión— que el principio de *non refoulement* se halle condicionado en este caso por la asistencia internacional de tal forma que pudiera argumentarse que en ausencia de la misma los Estados no tendrían una previa obligación de protección²⁹. Esta posibilidad vaciaría de contenido el principio de no devolu-

historically responded to situation of mass influx by granting temporary protection, such a practice amounts to customary international law, and such is binding”.

YAKOUB, N. «Report on the Workshop on Temporary Protection: a Comparative policies and Practices», en *GILJ*, 13 (1999) 4, p.620.

29. En este sentido, *Cfr.* GOODWIN-GILL, G.S. *The Refugee in International Law*. *op. cit.*, p. 201. En contra: GORDENKER, L. *Refugees in International Politics*, Croom Helm, Londres, 1987, p. 203. PERAL FERNÁNDEZ, L. *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*. *op. cit.*, pp. 49-50. Partiendo de un interrogante tan retador como el siguiente: ¿podría afirmarse hoy la naturaleza consuetudinaria del *non refoulement* ante un éxodo en África o América Central si imaginamos por un momento el desmantelamiento de la actuación asistencial de ACNUR?, el Profesor Peral mantiene una interesante reflexión que reproducimos:

“(…) El DIR consuetudinario llegó a vincular indisociablemente el principio de acogida temporal en los Estados vecinos (*non refoulement* ampliado) y el *estándar mínimo* de trato humano a los refugiados en el marco de una actuación asistencial institucionalizada (…) La acogida en casos de afluencia masiva sólo puede concebirse como costumbre universal en relación con un *principio de responsabilidad subsidiaria* de la comunidad internacional, que viene a garantizar en última instancia la *supervivencia digna* de la población refugiada cuando el Estado de acogida no puede, e incluso cuando no quiere, asistir por sí a los refugiados”.

La misma relación de dependencia entre la consideración consuetudinaria del principio de *non refoulement* y los flujos masivos se ha defendido respecto del principio de solidaridad interna-

ción; consideramos que éste se halla fuertemente vinculado al considerable margen de libertad que conservan los Estados, mas no puede ser tan excesivamente amplio. La necesidad de asistencia internacional resulta de las peculiaridades de los flujos masivos en cuanto que pueden llegar a suponer una desestabilización de las estructuras estatales o regionales; en ese sentido, lo que realmente pone de manifiesto es que se trata de un *asunto del interés de la comunidad internacional* en su conjunto y que viene relacionado con las obligaciones al respecto de la solidaridad³⁰. La comunidad internacional adquiriría así una obligación de comportamiento para atender a los Estados que no se sientan capaces ni siquiera de otorgar un asilo provisorio.

La obligación de acogida temporal como manifestación del principio de *non refoulement* aplicado a flujos masivos y el principio de solidaridad se han de interpretar como *obligaciones convergentes*. En aplicación de la teoría general del derecho, la dependencia entre una obligación y otra habría que deducirla de cómo se hubiera dispuesto tal obligación de acogida en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en ausencia de tratados internacionales que hayan abordado la protección temporal de personas en peligro, resulta difícil tal análisis inferido de la práctica y la *opinio iuris* de los Estados, en la resolución *ad hoc* de los casos de desplazamientos masivos tanto en aplicación del *temporary refuge* como en los casos de protección temporal. Aunque es indudable que tal modelo de acogida ha venido de la mano de una ineludible asistencia internacional, principalmente institucionalizada, consideramos que se trata de obligaciones autónomas, en virtud de las cuales, un Estado tendría el derecho de exigir asistencia a la comunidad internacional con objeto de que el refugio temporal no recayese, en exclusiva, en su esfuerzo unilateral sin que dicha asistencia le exonerase, en cualquier caso, de su propia obligación de acogida previa.

—Hoy día los Estados desarrollados de Europa no podrían alegar ese derecho a la asistencia para negar la acogida a poblaciones en peligro. Menos aún un Estado miembro de la Unión Europea que a través de la Directiva de Protección Temporal obtiene la posibilidad de acudir a las instancias comunitarias para que exista un reparto de la responsabilidad respecto a la acogida y las consecuencias de dicha acogida. De esta forma, la Directiva tiene la virtua-

cional —emplazamos al lector a un estudio pormenorizado de esta discusión doctrinal en el Capítulo Séptimo de este trabajo. Una vinculación tan extrema vaciaría de contenido ambos principios. Se trata de obligaciones ineludiblemente complementarias, en casos de desplazamientos en masa, por las peculiaridades que presentan estos éxodos pero, en cualquier caso, normas consuetudinarias que tienen valor jurídico vinculante por sí mismas.

30. No consideramos que pueda inducirse de las Conclusiones del Comité Ejecutivo referentes a la concesión de *temporary refuge* o de protección temporal que esta obligación sea dependiente de la asistencia institucionalizada. En ningún momento aparece así expresamente recogido. La necesidad de la ayuda internacional ha venido de la mano del carácter desestabilizador de los flujos masivos, de su consideración como un asunto de la incumbencia de la comunidad internacional.

lidad de limitar la posibilidades de aplicación de cláusulas de excepción individuales en casos de flujos masivos y, en consecuencia, perfecciona la obligación jurídica de acogida³¹.

—La ausencia de regulación concreta que sentara definitivamente las bases de la evolución del principio de *non refoulement* aplicado a casos masivos ha condicionado en buena medida su interpretación divergente. La Directiva de Protección Temporal se espera tenga ese efecto *docente* en la legislación interna de los Estados a través de las cuales asumirían la obligación de atender desplazamientos masivos de población *a priori*, y con carácter general con las bases de estatuto humanitario mínimo estipulado por la norma de Derecho derivado.

En conclusión, la obligación general de todo Estado de permitir la entrada y al menos la “protección temporal” en caso de ser aplicable el principio de no devolución a casos de desplazamiento masivo resulta un puente entre la obligatoriedad del principio de *non refoulement*, el carácter discrecional en la admisión y el asilo; entre el mantenimiento del concepto de refugiado y la necesaria protección a las personas en peligro; entre las dificultades de aplicación de los procedimientos de determinación individual y la necesidad perentoria de protección; en definitiva, puede considerarse que pretende resolver las principales dialécticas del DIR contemporáneo, en cuanto flujos masivos.

VI. DEL *TEMPORARY REFUGEE* A LA PROTECCIÓN TEMPORAL: CONFORMACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ACOGIDA TEMPORAL.

El dispositivo de Protección Temporal tiene sus filiaciones. No se considera, por tanto, que sea una institución completamente nueva sino que hunde sus raíces en el tiempo, en una práctica y una *opinio iuris* en torno a los desplazamientos masivos en el ámbito del asilo y que, hoy día, ha dado lugar

31. Las disposiciones del Título IV del TCE han de entenderse en todo caso sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguarda de la seguridad interior (artículo 64.1. TCE), y especialmente, por lo que a una llegada repentina de nacionales de terceros Estados se refiere, es preciso atender a la *cláusula de emergencia* del artículo 64.2 TCE. Aunque es preciso recordar que se trata de una posibilidad, ésta última, sujeta a control jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia y que está limitada a seis meses. Por lo que aquí interesa se podría considerar que la Directiva de Protección Temporal en cuanto que establece una obligación de acogida en el territorio —a pesar de tratarse de una acogida en gran medida condicionada por la capacidad mostrada por los Estados miembros (se tratará este tema en el Capítulo Séptimo de este trabajo)—, limitaría la posibilidad de los mismos de aplicar cláusulas restrictivas de este tenor de forma individualizada y contra la protección de poblaciones en peligro.

Los Profesores Lauterpacht y Bethlehem aportan una importante jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en apoyo de dicho análisis. LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D. *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, *op. cit.*, pp. 154-157.

a una Directiva que siendo un instrumento que propone nuevos enfoques descansa en el pasado y, sólo en esa medida, nos interesa hacer una parada en la historia.

Se trata de *conocer el mapa de situación, un esbozo de la figura a la que nos enfrentamos*, puesto que sólo conociendo las particularidades de su antecedente remoto –el *temporary refuge*–, y su antecedente inmediato –la protección temporal otorgada en Europa con motivo de los desplazamientos provenientes de la antigua Yugoslavia– es posible comprender en qué medida la Directiva de Protección Temporal supone un paso cualitativamente diferente respecto de la evolución anterior. Interesa, pues, conocer someramente los rasgos o peculiaridades con las que se ha ido conformado la institución para, de este modo, comprender las inercias propias del procedimiento, la problemática respecto a su conformación, los rasgos definitorios de la misma, con objeto de, *a posteriori*, comprender en mayor medida las particularidades que conserva como estructura intrínseca de la figura y en qué parcelas pudiera alejarse, y así, establecer en su concreta dimensión o ubicación, la magnitud de la evolución que ésta pudiera presentar.

El nacimiento del *temporary refuge* como respuesta normativa se considera ligado a los masivos desplazamientos de población ocurridos como consecuencia de los conflictos armados de carácter interno propios de la segunda postguerra³². Los primeros antecedentes se cifran poco tiempo después de adoptado el Convenio ginebrino –los exiliados húngaros en 1956 y los checos en 1968³³. Sin embargo, son los desplazamientos masivos del sudeste asiático los que, finalmente, juegan un importante papel en el desarrollo de la norma de *temporary refuge*. Teniendo en mente las particularidades de dicho desplazamiento, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado se pronuncia, por vez primera en 1979, sobre lo que denomina “refugio provisional” y así se empieza a consolidar el concepto y a delimitar sus características:

“En los casos de corrientes de gran magnitud, *deberá otorgarse al menos refugio provisional* a las personas en busca de asilo. Los Estados que, por su situación

32. Es la conclusión que se extrae de los análisis de las Profesoras: HARTMAN, J.F.; PERLUSS D.: «Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm», *op. cit.*, p. 551-553. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, este tipo de conflicto bélico se convierte en el más numeroso, desplazando a aquellos considerados interestatales que adquieren, así, un segundo plano.

33. Las Profesoras Hartman y Perluss ubican en 1936, al respecto de los aproximadamente 200.000 desplazados españoles acogidos en países vecinos, los orígenes de esta práctica estatal. Sin embargo, no aportan en apoyo de sus conclusiones ningún instrumento jurídico que pudiera darnos cuenta de las peculiaridades de tal protección.

Por el contrario, respecto de los desplazados de procedencia húngara o checa, es posible encontrar legislación interna austríaca que lo atestigua. Alrededor del 2% de la población húngara huyó a Austria y Yugoslavia en espera de una decisión conforme de asilo o programas de reasentamiento. En concreto, Austria proporcionó *temporary refuge* a los solicitantes de asilo, de acuerdo con su legislación interna: *Federal Law on the Right of Residence of Refugees*, Mar. 7, 1968,

geográfica o por otras razones, hacen frente a una corriente de gran magnitud deberían, según fuera necesario, y a petición suya, recibir asistencia inmediata de otros Estados, de acuerdo con el principio de la repartición equitativa de la carga. Estos Estados deberían, tan pronto como fuera posible, celebrar consultas con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados para asegurar la completa protección de los interesados, la prestación de asistencia de emergencia y la búsqueda de soluciones permanentes³⁴.

En virtud de las nuevas circunstancias, el Comité Ejecutivo de ACNUR —a iniciativa de la Delegación australiana— resuelve necesaria la creación de un Grupo de Expertos que pudiera examinar la figura en el marco de los problemas planteados por los flujos masivos de desplazados³⁵. Los pormenorizados y atentos estudios del Profesor COLES —a la cabeza del equipo—, en el marco del Alto Comisionado, resultan, pues, el primer intento de conceptualización de la institución de acogida temporal³⁶.

Si bien es cierto que los debates y las conclusiones no resultan del todo clarificadoras por lo indeterminado de la terminología y el apego a las tradicionales categorías de asilo individual —inconsistente en casos de desplazamientos a gran escala—, puede deducirse de dichos estudios que a pesar de que el asilo sigue siendo prerrogativa del Estado, en determinadas circunstancias, éstos se hallaban compelidos, al menos, a otorgar acogida temporal cuando la vida de estas personas estuviera en peligro³⁷. En principio, resultaba una

Bundesgesetzblatt (BGBl) 126, modificada posteriormente en 1974. Vid. «Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm», *op. cit.*, p.559.

Interesante juego del destino que las primeras manifestaciones de asilo temporal se concedieran en Yugoslavia y fuera, precisamente, la crisis en este país el detonante de la evolución normativa de los noventa.

34. ACNUR. Comité Ejecutivo. *Refugiados sin país de asilo*, Conclusión nº 15 (XXX), 1979 (30º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. f). La cursiva es de la autora.

Recuérdese que la idea del asilo temporal o provisional ya figuraba en algunos instrumentos internacionales como alternativa al principio de *non refoulement*. Así el contenido del artículo 3.3 de la *Declaración sobre el Asilo Territorial de 1967*: artículo II (5) de la Convención de la OUA sobre Refugiados.

35. NACIONES UNIDAS. A/AC.96/588, para. 48.4.e).

36. Es posible consultar el *working paper* presentado al congreso celebrado los días 21 a 24 de abril de 1981, en: COLES, G.J.L. «Temporary Refuge and the Large Scale Influx of Refugees», en *AYL*, vol. 8, 1983, pp. 189-212. En él se analiza la naturaleza del *temporary refuge*, su función en el sistema internacional de protección de los refugiados, la relevancia del principio de *non refoulement*, la relación con el asilo, así como el estatuto garantizado a las personas beneficiarias del refugio temporal y su implicación en la búsqueda de soluciones duraderas y de mejora de la solidaridad internacional. El informe final se halla en: ACNUR. Comité Ejecutivo. Sub-Committee of the Whole on International Protection. *Report on the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx*, EC/SCP/Add. 1, 17 de julio de 1981. Como trabajo posterior del mismo autor: *Problems arising from large numbers of asylum-seekers: a study of protection aspects*, en International Institute of Humanitarian Law, 1986.

37. Esta es la valoración que hace el Profesor Goodwin-Gill. GOODWIN-GILL, G.S. *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 198.

práctica estatal consecuencia de un acto de soberanía³⁸, apoyada fuertemente por las Instituciones internacionales, caracterizada por una admisión de emergencia con una base provisional, con el objeto de proporcionar un lugar seguro pero sin compromisos jurídicos respecto a las posibilidades de residencia en el país de acogida. Efectivamente, en primera instancia se otorgaba un refugio temporal proporcionado por los países más cercanos, para procurar, *a posteriori*, el reasentamiento en terceros países como solución duradera —principalmente y en la medida en que la vuelta al país de origen resultase inviable a corto plazo—; la consigna era encontrar la solución “posible” más que la “preferible”³⁹. Estos principios confirman la “necesariamente pragmática”

38. El Profesor Fonteyne califica la acogida temporal como: ‘long-standing *de facto* practice of States’. FONTEYNE, J.-P.L. ‘Burden sharing: An Analysis of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees’, en *AYIL*, vol. 8, 1983, pp. 174.-175. Estamos de acuerdo en que resulta una institución fruto del pragmatismo. Así ha sido en todas sus etapas (también cuando se recurre a ella en la crisis de Yugoslavia).

39. Utilizamos el concepto de “durable solution” en el sentido que lo considera el DIR, es decir, como medida que pretende restablecer la protección debida al individuo, dentro de un sistema estatal, de forma permanente. Esta cualidad observan tanto la *repatriación* voluntaria al país de origen, como la *integración*, bien sea en el país de primer asilo, o bien en un tercer país (*reasentamiento*). En el período comprendido entre las dos Guerras Mundiales, el término “final solution” venía a describir la misma idea.

En su *Paper* sobre *Temporary refugee and the Large-Scale influx of Refugees*, el Profesor COLES afirma:

“A central theme in the case for the elaboration of the concept of temporary refuge is that in any developed universal system of international protection applicable to large-scale influx situations there must be flexibility in regard to the determination of durable solutions, and admission by itself must not prejudice the answer to the question of what would be satisfactory durable solution in any given situation. The circumstances surrounding such situation can vary enormously, and the determination of the appropriate durable solution must depend upon the circumstances of each situation.

There is no one durable solution which can be said to be the most satisfactory solution in every situation. If there can be said to be an ideal solution, it is voluntary repatriation; but in some situations, it may be unrealistic possibility.

The experience of the last fifty years has shown that in some situations durable residence in the country of first admission has been the best or only available solution; and that in some cases relatively early voluntary repatriation has been possible.

(...)

in relations to situations of large-scale influx (...) it is arguable that the emphasis should be placed primarily on admission since the primary need is to secure admission and it may not be helpful or appropriated in such situations to emphasize a priori a particular durable solution especially where the large-scale influx was across the frontiers of cultures or racial, ethnic or religious groups.

(...)

In view of the variety and complexity of the circumstances which can surround large-scale influx situations, there should be no general a priori assumption about the best solution in every situation.

(...)

The only general principle that can be safely adopted in regard to large-scale influx situations is that the most satisfactory durable solution should be found as soon as possible.

(...)

separación entre la admisión de emergencia y las provisiones sobre refugio permanente. Se trataba de una medida interina en el sentido más específico del término, pues su dependencia de la repatriación –especialmente hacia países como Australia, Canadá o los Estados Unidos–, a la vez que de la asistencia internacional (*burden-sharing*) –véanse las Conferencias Internacionales convocadas en los casos de mayor magnitud⁴⁰– era muy acuciante.

En cualquier caso, parece existir una clara distinción entre el asilo de base permanente y el de base temporal que no se hallaba necesariamente unido a la concesión de una solución duradera ni se otorgaba bajo el paraguas definitorio del Convenio ginebrino. Eso sí, las características de la admisión y el estatuto básico de derechos obtienen un denodado consenso reflejado en la Conclusión del Comité Ejecutivo nº 22⁴¹, utilizada ampliamente por ACNUR *a posteriori* –inclusive como parámetro de control de los trabajos preparatorios de la actual Directiva de Protección Temporal en Europa.

Independientemente de las deficiencias en la práctica estatal, lo cierto es que empezaba a intuirse una *opinio iuris* sobre la acogida y la prohibición de devolución sin las debidas garantías de seguridad. Algunos países pudieron

What is the most satisfactory solution should be determined not by regard to an ideal but unrealistic situation but by regard to what is possible (...).

ACNUR. Comité Ejecutivo. Sub-Committee of the Whole on International Protection, *Report on the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx*, EC/SCP/Add. 1, 17 de julio de 1981, para. D e I.

40. El continente africano ha sufrido los más devastadores desplazamientos masivos desde la década de los sesenta. El principio de *burden sharing* expresado en las Conferencias internacionales (ICARA I y II: Conferencia Internacional sobre Asistencia a los refugiados en África, celebradas en 1981 y 1984), se manifestó, exclusivamente, en la asistencia financiera. Parecida es la experiencia en América Latina, a través del programa establecido por la Conferencia internacional CIREFCA en 1989 (el Plan de Acción de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos).

Finalmente, resulta obligada la referencia el reasentamiento inter continental de los flujos masivos indochinos, en los años setenta y ochenta a través del programa CPA (el Plan General de Acción aprobado por la Conferencia Internacional sobre Refugiados Indochinos patrocinada por el ACNUR en 1989). El contenido de estas últimas puede consultarse en: International Conference on Central American Refugees, Guatemala city, 29-31 May 1989, *IJRL*, vol.1, nº 4, 1989, pp. 582-596. International Conference on Indo-Chinese Refugees, Geneve, 13-14 June 1989, *IJRL*, vol. 1º, nº 4, 1989, pp. 576-581.

41. ACNUR. Comité Ejecutivo. *Protección de las Personas que buscan Asilo en situaciones de Afluencia a gran escala*. Conclusión nº 22, 1981 (32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. II. A. 1 y 2.

En ella puede leerse: “En situaciones de afluencia en gran escala, debe admitirse a las personas en busca de asilo en el Estado donde buscaron refugio en primer lugar, y si ese Estado no puede admitirlos durante un tiempo prolongado, al menos debe admitirlos temporalmente, en todos los casos, y prestarles protección de conformidad con los principios establecidos más abajo. Debe admitirlos sin discriminación alguna por motivos de raza, religión, opinión política, nacionalidad, país de origen o incapacidad física.

En todos los casos debe observarse escrupulosamente el principio fundamental de no devolución, incluido el no rechazo en frontera”

proceder a una repatriación en condiciones adversas para los desplazados; sin embargo, previamente consideraban la necesidad de dar una explicación a la comunidad internacional sobre los términos en que consideraban solucionado el conflicto y, por tanto, apropiada la vuelta a casa.

En cualquier caso, todo el dispositivo está guiado por la búsqueda de la necesaria flexibilidad que atendiera igualmente las necesidades estatales como las de protección de los individuos en peligro, así como por la conciencia de que los desplazamientos forzados de población a gran escala requieren de una cooperación internacional cualificada. La base del discurso poco ha cambiado en realidad.

Si bien es cierto que la acogida temporal en caso de desplazamiento masivo se ha demostrado como un modelo de protección que tiene como antecedentes los hechos históricos y conceptuales expuestos, no lo es menos que a partir de la década de los noventa ha emergido una nueva fase en la evolución de esta fórmula de protección, especialmente en los países occidentales. Las nuevas circunstancias internacionales con las que entra en interacción conforman una estrategia y concepción de la protección divergente de los sistemas anteriores aunque no se alejen del todo de las bases estructurales establecidas hasta el momento. Aunque siga conservando muchas de las peculiaridades con las que nace el *temporary refuge*, las diferentes circunstancias histórico-políticas que se producen al final del siglo XX sirven de caldo de cultivo para esa nueva concepción de la acogida temporal en caso de éxodos masivos, así como la aparición de nuevos interrogantes y perspectivas de futuro.

El detonante resulta del conflicto en la antigua Yugoslavia, que al tiempo que ponía en juego la vida de seres humanos actuando el desplazamiento no sólo como consecuencia de la conflagración sino como objetivo particular de la misma —circunstancia ésta que determinará en gran medida el tratamiento de la crisis y el propio paradigma de protección—, se convierte en un activo desafiante de los modelos estructurales del sistema internacional establecido, el cual ha de demostrar, así, su capacidad de respuesta. La crisis producida por el éxodo masivo procedente de la ex Yugoslavia no dejaba de ser la última de una larga serie de crisis de refugiados producidas en otros continentes en los últimos años; sin embargo, en este caso y por diversas razones, conllevó la necesidad de proceder a una reevaluación de la naturaleza de la protección por parte no sólo de las Organizaciones, sino también de los Estados llamados a atender tales desplazamientos.

Las trágicas dimensiones que adquiere la conflagración conforman la conciencia de que tanto la asistencia humanitaria, en su carácter clásico y su vertiente preventiva, como los mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos, ya fuese éstos de carácter internacional o regionales, no resultaban suficientes para terminar con la crisis o prevenir el desplazamiento, por lo que en consecuencia, la acogida temporal de poblaciones en peligro en el territorio de otros Estados resulta ineludible. Del mismo modo, la propia enti-

dad del desplazamiento supone que la tradicional respuesta adoptada desde la adopción del Convenio de Ginebra hasta los años ochenta, en materia de asilo, no resultara realista. El comienzo de los años noventa requería de nuevas perspectivas: la temporalidad y una necesidad perentoria de cooperación a pequeña y gran escala son los ejes más significativos⁴².

A pesar de que el concepto de “temporalidad” en la protección se hallaba suficientemente asentada en los países europeos como estrategia de acogida para determinadas poblaciones en peligro, el concepto de “protección temporal” diseñado como modelo para hacer frente a los desplazamientos masivos de población resulta obra –de nuevo–, del Alto comisionado. La pragmática Sadako Ogata en el *International Meeting on Victims of the Humanitarian Crisis in the Former Yugoslavia*, el 29 de julio de 1992, se muestra convencida de la necesidad de adoptar “flexible system of temporary protection”⁴³. Algo más tarde, en el seno del Comité Ejecutivo se afirma:

42. van SELM-THORBURN, J. *Refugee Protection in Europe Lessons of the Yugoslav Crisis*, Martinus Publishers, The Hague/Boston/London, 1998.

La Profesora, tras el análisis de la protección temporal ofrecida por los Estados europeos –centrada de forma pormenorizada en el estudio comparado de Austria, Eslovenia, Holanda y Reino Unido–, respecto de la crisis yugoslava inicial –desplazamiento procedente especialmente de Bosnia-Herzegovina–, llega la siguiente tesis: “(...) the evolution of refugee protection in Europe will continue, and that its progress should involve the search for a mechanism of short-term protection for those forced to flee conflict. The mechanism should take into account the cause of flight and the nature of European cooperation and coordination”. Y continúa: “Many of the displacement situations of the post-Cold War period may be best dealt with by granting of temporary protection, in line with the minimum protection guaranteed by nonrefoulement, and its keeping with the notion of burden sharing”. Como estrategia contraria y alternativa a las políticas restrictivas y de contención de flujos característica de la época. (p. 4).

Al igual que hiciera respecto al desplazamiento masivo proveniente de Bosnia-Herzegovina, de nuevo, la Profesora van Selm, junto con un grupo de especialistas examina la protección temporal otorgada en Europa en relación al exilio kosovar y las particularidades de la actuación comunitaria al respecto. Se centran en siete países expresamente (Alemania, Austria, Francia, Holanda, Italia, Reino Unido y Suecia), aunque en las conclusiones se intenta hacer referencia a la actuación de todos los miembros de la Comunidad. van SELM, J. (editora) *Kosovo's Refugees in the European Union*, Pinter, London/New York, 2000.

43. *Vid.* nota al pie de página nº 2, p. 28. La Alta Comisionada había presentado un documento titulado *Comprehensive Response to the Humanitarian Crisis in the Former Yugoslavia*, en el cual se reconocían las dificultades de la aplicación del procedimiento de determinación individual en este caso sin correr el riesgo de colapsar los sistemas nacionales de asilo, así como recomendaciones respecto a la acogida y las condiciones en que debía procurarse. A este le siguen: *Background Note from the Informal Meeting on Temporary Protection*, de 21 de enero de 1993; *Background Note from Informal Meeting of Governmental Experts on Temporary Protection*, de 23 de marzo de 1994; *Background Note Informal Roundtable on Temporary Protection in the broader context of large-scale displacement as a result of armed conflict and/or massive human rights abuses*, de 30 de julio de 1994; *Background Note of the Informal Meeting on Temporary Protection*, de 20 de abril de 1995; *Background Note on the Scope of International Protection in Mass Influx*, de 2 de junio de 1995. Sobre el contenido de los mismos puede consultarse: DACYL, J. ‘International Responses to Refugee Flow from the Former Yugoslavia’, en *Temporary Protection-Problems and Prospects*, Raoul Wallengier Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Report nº 22, (Malmström, Susanne and Noll Gregor: rapporteurs), Lund, 9 de mayo de 1996, 13-36.

“(…) la protección temporal (…) en el contexto de la Respuesta General a la Crisis humanitaria en la ex Yugoslavia (…) puede ser útil como un método pragmático y flexible para brindar protección internacional de carácter temporal en situaciones de conflicto o persecución que entrañan corrientes de refugiados en gran escala”⁴⁴.

Si bien es verdad que la propuesta de admisión temporal se basaba en las circunstancias del conflicto y parecía abocada, por tanto, a servir como un nuevo instrumento más, de carácter *ad hoc*; en los años sucesivos, ACNUR va conformando el dispositivo, en una tendencia hacia la conceptualización del sistema con objeto de crear un instrumento de protección general más estable, disponible para otros casos de afluencia masiva.

Como consecuencia del llamamiento internacional —y a pesar de la reticencia inicial de algunos países—, los Estados miembros de la UE acogen a los desplazados en sus territorios de forma temporal —lo que viene definitivamente a confirmar la obligación general de todo Estado de permitir la entrada y al menos el refugio temporal en caso de ser aplicable el principio de *non refoulement*, a casos de desplazamiento masivo. Sin embargo, ésta se dispone bajo las más diversas fórmulas jurídicas y, por tanto, con estatutos y condiciones igualmente divergentes⁴⁵. En algunos casos se adoptan normas generales, claramente dirigidas a regular cualesquiera desplazamientos masivos de población, no obstante, la mayoría parte de planteamientos *ad hoc*, bien utilizando la normativa que previamente disponían para casos de emergencia o a través de concretos dispositivos que no contenían vocación de continuidad.

Resulta especialmente llamativo al carácter singular de las medidas que demuestran la ausencia del suficiente consenso a nivel europeo que hubiera tenido como resultado la adopción de una perspectiva común y una cooperación conjunta. Tal y como indica Daniel Joly «(...) values of solidarity were replaced by individualism and protectionism in reception countries»⁴⁶. Efectivamente, a falta de un enfoque comunitario, algunos Estados reaccionan intentando evitar en lo posible la saturación de sus fronteras: el recurso a la imposición de visado para los nacionales de las Repúblicas en conflicto o la utilización de las técnicas de contención de flujos, como las sanciones a trans-

44. ACNUR. Comité Ejecutivo. *Conclusión General sobre la Protección Internacional*. Conclusión nº 74 (XLV), de 1994 (45º periodo de sesiones del comité Ejecutivo), para. 1.

45. Para un análisis de Derecho comparado puede consultarse: KERBER, K. «Temporary Protection in the European Union: a Chronology», en *GILJ*, vol. 14, nº 1, 1999, pp. 36-38.

46. JOLY, D. «A new asylum regimen in Europe», en (Nicholson, F.; Twomey, P. editores), *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, 1999, p.342.

47. El Profesor Morten Kjaerum, en sus primeros análisis de la protección temporal otorgada en el marco comunitario. Llama la atención sobre las trágicas consecuencias de la aplicación de medidas de contención de flujos, haciendo un paralelismo histórico entre el caso de los desplazados judíos y aquellos provenientes de la ex Yugoslavia en relación con la introducción del requisito de visado. *Vid.* KJAERUM, M. «Temporary Protection in Europe in the 1990», en *IJRL*, vol. 6, nº 3, 1994, pp. 448.

portistas o el "safe third country"⁴⁸. No se disponen, por tanto, criterios y planes de contingencia, un modelo de recepción y estatuto armonizado, ni se consigue establecer mecanismos de distribución de la responsabilidad financiera y física que lograra equilibrar las desigualdades manifiestas en la acogida o en torno a los costes de los programas de retorno —las dificultades en torno a la solidaridad devienen en el principal escollo para el logro del acuerdo en el conjunto del dispositivo—. Las claras deficiencias en torno a la estrecha cooperación que cabía esperar de los Estados miembros, lanza igualmente la voz de alarma al respecto.

El diseño del sistema de protección temporal despertó las más avivadas discusiones, recelos y prudencia —en el menor de los casos—, ya fuera por parte de la doctrina o las Instituciones internacionales encargadas habitualmente de los desplazamientos forzosos de población. El dispositivo planteaba numerosos interrogantes, principalmente, respecto a su relación con el marco jurídico del DIR, ya fuese éste considerado *como complemento o detrimento* del mismo; *apoyo* a sus posibles deficiencias en caso de éxodo masivo o *excusa* para evitar las correspondientes obligaciones internacionales. La no utilización del marco conceptual del Convenio ginebrino —a pesar de que muchos de los acogidos pudieran haber cumplido con los requisitos de la definición de refugiado—, la temporalidad de la protección, la suspensión de la determinación del estatuto de refugiado durante el procedimiento, la reducción de los derechos garantizados respecto a la Convención de 1951, todo ello bajo un amplio margen de discrecionalidad estatal suponían los grandes retos a los que parecía abocada la institución⁴⁹. Si bien es verdad que se requería protección inmediata de las víctimas, al menos de carácter temporal, especialmente por las características del conflicto subyacente en el desplazamiento, ello no debía generar como resultado un abandono de las estructuras tradicionales europeas de asilo, mas los recelos resultaban fundados si se atendía a la dinámica de contención de flujos migratorios y prácticas restrictivas que caracterizaban la aproximación común a estas materias en los últimos tiempos.

En la medida en que lograran salvarse los principales escollos que había planteado la primera experiencia respecto a los desplazados bosnios, se estaría en mejores condiciones para valorar las particularidades intrínsecas que

48. La mayor parte de los desplazados —cumplieran o no con los requisitos del art. 1.A.2 de Ginebra—, obtuvieron alguna forma de protección temporal. En compensación, los Estados no procedieron a la devolución de aquellos que llegaron espontáneamente a riesgo de incumplir con sus obligaciones respecto al principio de *non refoulement*. Finalmente, y en ausencia de posibilidades de retorno, se optó por modalidades de integración.

Para una consulta somera de los principales interrogantes que plantea el desplazamiento masivo de origen bosnio en la doctrina en los primeros años de su gestación (por lo que respecta a su compatibilidad con el Convenio de Ginebra —el carácter individualizado y los motivos concretos de la persecución o la cualidad del sujeto que la provoca en el marco de los conflictos armados internos—, con el carácter gracioso del asilo o con las medidas de *non entré* que se venían adoptando), véase: ALBERT, S. *Les réfugiés bosniaques en Europe*, Cedin, Paris I, perspectives Internationales, Edit. Montchrestien, 1995.

empiezan a perfilarse en el dispositivo y que suponen no sólo importantes ventajas inmediatas para las partes implicadas sino también la construcción de un dispositivo que pretende ir más allá, que se conforma con objetivos que entran en interacción con otros modelos de protección y asistencia y que adquiere mayor prospectiva a diferencia de los anteriores sistemas de *temporary refuge*.

En opinión de la Profesora van Selm:

“For the States (...), short-term mechanisms would function as a means of permitting them to live up to international protection regarding refugees and human rights. Offering temporary protection in situation of mass influxes would also allow for an alleviation of procedural problems in processing claims, and give a period of reflection over the longer-term possibilities (...) For inter-state nations relations the offering of temporary protection with associated burden-sharing could strengthen collaboration and understanding between the host states. Between the host states and the state of origin the generosity of a protection stance during a time of need can be useful in strengthening ties once a conflict is over, and can allow the host states to play a greater role in rehabilitation. This latter role would enhance the prospects of return, as noted perhaps the most desired goal on the part of the protecting states, and promote longer-term stability”⁴⁹

De esta forma, la experiencia respecto a la acogida temporal de bosnios y kosovares, sus logros y deficiencias, apuntan de entrada y en primer término, a la necesidad de una aproximación común al fenómeno de la acogida temporal, con lo que enlazamos con el siguiente epígrafe. Este dispositivo de protección en Europa se considera pudiera resultar más satisfactorio desde un perspectiva multidimensional. En este sentido, la UE se hallaba en condiciones de partida suficientes –aunque precisamente la experiencia del desplazamiento yugoslavo hubiera demostrado las lagunas al respecto–, ya fuera respecto a la consolidación de estructuras, grado de integración, logro del suficiente consenso en la materia para conseguir este objetivo en un futuro inmediato. Conflictos como los ocurridos en la antigua Yugoslavia nos conducen a la necesidad de establecer dispositivos que huyan de las fórmulas *ad hoc* y

49. van SELM-THORBURN, J. *Refugee Protection in Europe Lessons of the Yugoslav Crisis*, op. cit., p. 249.

Resulta del todo curioso cómo la monografía de la Profesora van Selm publicada en 1998 apunta un modelo de actuación conjunta que guarda grandes parecidos con el procedimiento de activación que finalmente adopta la Directiva, así como al resultado de garantías mínimas. Su propuesta consistía en lo siguiente: «Having established that protection is necessary, each state would offer protection beyond the right to life in the way considered most appropriate for its own society, but meeting certain minimum requirements (...) it must uphold the right to life, secondly to live in safety and dignity with dignity. It must guarantee respect for *non refoulement* (...) social and cultural rights and the development and enhancement of employment rights and the opening of employment possibilities (...)». van SELM-THORBURN, J. *Refugee Protection in Europe Lessons of the Yugoslav Crisis*, *Ibidem*, p. 247.

permitan la suficiente reparación o capacidad de respuesta inmediata, con unos derechos y deberes establecidos *a priori* y por tanto predecibles.

Así, y como principales conclusiones para el debate:

–Con la temporalidad las Instituciones patrocinadoras del *temporary refuge* y de la protección temporal pretenden conseguir la acogida de poblaciones exiliadas en masa que, de esta manera, encuentran menos impedimentos en la concesión de protección en la medida en que resulta limitada en el tiempo.

–A través de los modelos de acogida limitada en el tiempo se admite el carácter mixto de los desplazamientos masivos y la necesidad de protección, no sólo de personas que pudieran considerarse refugiados en los términos del Convenio de Ginebra, sino también aquellos que huyen de los acontecimientos distintos de los contemplados en su concepción originaria⁵⁰. No obstante, se confirma su utilización tan sólo para aquellos éxodos masivos cualificados por la comunidad internacional como acreedores de acogida temporal. La Directiva así lo confirma y sintetiza en el concepto de “persona desplazada” –los beneficiarios de la Protección Temporal serán analizados en el Capítulo Tercero.

–Se trata de modelos de asilo –«estrategia de asilo» en palabras del Comité Ejecutivo. En ningún caso se ha tratado de crear un nuevo modelo de refugio. Aunque en un principio se denomine *temporary refuge*, lo que pudiera dar a entender que se trata de otro tipo de refugio, no era el caso, pues la normativa se crea, precisamente, en defecto de las disposiciones de Ginebra –por ejemplo se hace referencia a las deficiencias en torno al artículo 31 de la Convención⁵¹–, cuyo estatuto, en efecto, no se aplica en esos casos, de ahí la

50. «1. El problema de los refugiados ha cobrado particular gravedad debido al aumento del número de los casos de afluencia en gran escala en distintas regiones del mundo y, en particular, en países en desarrollo. Entre las personas que buscan asilo y son parte de dichas afluencias en gran escala se incluyen refugiados en el sentido de la Convención de las Naciones Unidas de 1951 y el Protocolo de 1967 relativos al Estatuto de los Refugiados y personas que, a causa de una agresión, una ocupación o dominación extranjera, o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen o nacionalidad, se ven obligados a buscar refugio fuera de dicho país». EXCOM. *Protección de las Personas que buscan Asilo en situaciones de Afluencia a gran escala*. Conclusión nº 22, 1981 (32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. 1. 1.

En la Conclusión nº 74 (XIV), de 1994, respecto al conflicto en la ex Yugoslavia: «Observa que los beneficiarios de la protección temporal pueden incluir a personas calificadas como refugiados en virtud de los términos de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, y a otras personas que pueden no ser calificadas como tales, y que al ofrecer protección temporal los Estados y el ACNUR no deberán disminuir la protección concedida a los refugiados en virtud de esos instrumentos». EXCOM. *Conclusión General sobre la Protección Internacional*. Conclusión nº 74 (XIV), de 1994 (45º periodo de sesiones del comité Ejecutivo), para. t).

51. «En el artículo 31 de la Convención de 1951 de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados figuran varias disposiciones sobre el trato a los refugiados que han entrado en un país sin autorización y cuya situación en ese país todavía no se ha normalizado. Las normas definidas en ese artículo no abarcan, sin embargo, todos los aspectos del trato a las personas en busca de asilo en situaciones de afluencia a gran escala». EXCOM. *Protección de las Personas que buscan*

insistencia en clarificar los derechos básicos de estas poblaciones. El cambio de concepto a *temporary protection*, resulta más correcto o menos susceptible de confusión. En cualquier caso, resulta importante subrayar que se trata de una materia que se encuentra en el ámbito de la protección proporcionada por el asilo y no de la inmigración.

—Si bien a los beneficiarios de la acogida temporal no les resulta aplicable el estatuto de Ginebra, sí tienen derecho al que se considera “estándar básico”⁵² —el cual, en Europa ha de ser, comparativamente, más generoso—. Las importantes divergencias observadas en Derecho comparado —especialmente en lo concerniente al acceso al mercado laboral y reunificación familiar—, son superadas por la Directiva que ahora pretende armonizar dichas prestaciones —se atenderá a este aspecto en el Capítulo Cuarto de esta obra.

—A diferencia de los primeros modelos de acogida temporal que resultaban una medida interina enfocada, principalmente, a la repatriación de las poblaciones hacia un tercer país⁵³, los dispositivos de protección temporal están claramente orientados a conseguir el retorno al país de origen — el Capítulo Sexto se dedica al estudio de las medidas posteriores a la concesión de Protección Temporal.

—Con objeto de superar las dificultades jurídicas expuestas en relación con las tradiciones europeas de asilo. Se hace imprescindible clarificar la excepcionalidad de la medida con objeto de que sólo resulte aplicable en casos de desplazamiento forzoso de población a gran escala; al mismo tiempo y en relación con éste último, parece imprescindible la determinación, *grosso modo*, del concepto de afluencia masiva, pues ésta cualidad marcará la diferencia entre la aplicación de un dispositivo de carácter excepcional como el propuesto o

Asilo en situaciones de Afluencia a gran escala, Conclusión nº 22, 1981 (32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. II. B. 1.

52. Ver al respecto EXCOM. *Protección de las Personas que buscan Asilo en situaciones de Afluencia a gran escala*, Conclusión nº 22, 1981 (32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. II. B y EXCOM. *Conclusión General sobre la Protección Internacional*, Conclusión nº 74 (XLV), de 1994 (45º periodo de sesiones del comité Ejecutivo), para. r).

53. Compárense las Conclusiones nº 22 y 74:

—Es, pues, imperativo asegurar que las personas en busca de asilo estén plenamente protegidas en los casos de afluencia en gran escala, reafirmar las normas mínimas básicas relativas a su trato en espera de una solución duradera (...).

EXCOM. *Protección de las Personas que buscan Asilo en situaciones de Afluencia a gran escala*, Conclusión nº 22, 1981 (32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. I.3.

—Pide al ACNUR que, en estrecha cooperación con los gobiernos interesados, siga coordinando y brindando orientación respecto de la aplicación de la protección temporal y otras formas de asilo orientadas hacia la repatriación, en situaciones en que el regreso al país de origen se considera como la solución duradera más apropiada, incluso el asesoramiento sobre repatriación voluntaria y sobre regreso seguro cuando la protección internacional haya dejado de ser necesaria.

EXCOM. *Conclusión General sobre la Protección Internacional*, Conclusión nº 74 (XLV), de 1994 (45º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. u).

los clásicos procedimientos de determinación del estatuto de refugiado; igualmente, se han de conformar los derechos básicos de los que son beneficiarios y que resultan inderogables en cualquier circunstancia, así como la particularidades de la vuelta a casa, en la medida en que la acogida temporal está orientada al retorno de los desplazados. Si a ello le unimos la imperiosa necesidad de que esta conceptualización se lleve a cabo en el marco de las estructuras comunitarias, todo lo anterior constituye, sin duda, los principales interrogantes a los que ha debido dar respuesta la Directiva europea finalmente adoptada.

VII. LA APROXIMACIÓN COMÚN A LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN EL MARCO DE LA EUROPA COMUNITARIA. EL ÚLTIMO PASO EN LA EVOLUCIÓN PRECEDENTE.

El último escalón en el proceso de evolución precedente resulta de la aproximación común al problema de los desplazamientos forzados de población a gran escala a través de su acogida temporal en el territorio de los Estados miembros, desde una perspectiva comunitaria. Este es el enfoque que viene a sistematizar la Directiva de Protección Temporal objeto de esta monografía.

Los debates en torno al contenido de la norma de Derecho derivado han durado largos años, no obstante, cómo afrontar el desafío que supone los desplazamientos masivos de población en el marco de la Comunidad Europea resulta, en realidad, una preocupación relativamente reciente. Preciso es notar que la necesidad normativa surge como consecuencia de los éxodos producidos por el conflicto yugoslavo, pues nunca antes había sido objeto de iniciativa alguna al respecto.

Durante la década de los ochenta y gran parte de los noventa la regulación del asilo que emerge en Europa pretende dar respuesta a otro tipo de demandas, en consecuencia, los instrumentos normativos que se adoptan en su seno vienen caracterizados por lo que podríamos denominar *el paradigma de la contención de flujos*. El control de las fronteras con objeto de conseguir la libertad de circulación en el marco de un mercado interior único salvando el efecto negativo de la inmigración ilegal u otras formas de delincuencia organizada entra en interacción con las nuevas perspectivas de protección que empiezan a experimentarse a nivel internacional –asistencia *in situ*, creación de pasillos de seguridad y *safe zones*, prevención de éxodos en origen, etc.–, obteniendo como resultado una serie de medidas, algunas de las cuales, pudieran considerarse atentatorias de los derechos más básicos de los refugiados, en ese afán por controlar una imparable globalización de las migraciones⁵⁴.

54. Piénsese en las consecuencias de la aplicación de procedimientos de contención en frontera como la exigencia de visado o las sanciones a transportistas, acuerdos de readmisión con terce-

En mitad de esta dinámica, se produce un desplazamiento a gran escala, de tal magnitud, que Europa no se halla lo suficientemente preparada para afrontarlo desde sus propias Instituciones. No se había logrado la adecuada armonización normativa, ni estructural para dar una apropiada respuesta al problema de la acogida en los Estados miembros desde una perspectiva común. Ni siquiera puede considerarse que, en aquellos momentos, existiera la suficiente conciencia de la necesidad real de afrontar el problema de la protección territorial desde esa base consolidada.

La anuencia en la cooperación se produce con objeto de solucionar el conflicto armado y prevenir el flujo a través de la asistencia internacional *in situ*. Por ello, a pesar de que la acogida, al menos de forma interina, es tomada en consideración en los inicios de la conflagración, en realidad, se confiaba en que ésta no llegara a ser finalmente necesaria.

El llamamiento del Alto Comisionado con objeto de conceder protección temporal a los desplazados de la antigua Yugoslavia obtuvo reflejo en las legislaciones de los Estados miembros, pero no se materializó en una aproximación normativa común con objeto de proceder a la necesaria coordinación de la acogida, ni siquiera en 1999 en relación con la nueva crisis kosovar. Las iniciativas adoptadas en el ámbito del Tratado de Maastricht establecen disposiciones de emergencia en las que la acogida temporal se considera en su mayor excepcionalidad –*Resolución del Consejo de 25 de septiembre de 1995, sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas* junto con la *Decisión de 4 de marzo de 1996, sobre un procedimiento de alerta y urgencia para el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas*⁵⁵, y las que pretenden una aproximación más general de la

ros Estados o la incorporación a la normativa de nociones como 'primer país seguro', 'tercer país seguro' o 'país seguro de origen' (un solicitante de asilo puede ver rechazada su demanda si ha encontrado protección en otro Estado o si la responsabilidad de garantizar la tramitación de la solicitud ha sido asumida o puede serlo por un tercer país en el que el solicitante obtuviese la garantía de no devolución o finalmente si proviene de un Estado respecto del cual no se considera que pudiera generar persecución).

Existen una extensa bibliografía sobre el acervo europeo en materia de asilo, por lo que sólo nos permitimos enunciar algunas de las obras más paradigmáticas en lengua castellana: GORTÁZAR ROTAECHE, C. J. *El Derecho de asilo y «no rechazo» del refugiado*, op. cit., 1997. ESPADA RAMOS, M. L. *¿Europa, ciudad abierta?. La inmigración y el asilo en la Unión Europea*. Instituto Municipal de Formación y Empleo. Ayuntamiento de Granada, 1997. MARTÍN ARRIBAS, J.J. *Los Estados Europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Universidad de Burgos, Dykinson, Madrid, 2000. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *La Inmigración y el Asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002. TRUJILLO HERRERA, R. *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*, Dickinson, Cabildo Insular de Tenerife, Madrid, 2003.

55. En adelante: *Resolución del Consejo de 1995 y Decisión de 1996*. DOCE, nº C 262 de 07/10/1995, pp. 001-003 y DOCE, nº L 063 de 13/03/1996, pp. 010-011 respectivamente.

protección temporal adolecen de la relativa naturaleza jurídica de las medidas que disponía el antiguo artículo k.3 –y en el fondo de un auténtico consenso en la materia–, por lo que, en definitiva, las propuestas de acción común nunca llegaron a aplicarse – *Propuestas de Acción Común de 1997 dirigida al Consejo sobre la base de la letra b) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la protección temporal de las personas desplazadas y la modificada de 1998*⁵⁶ (En cualquier caso, ello no será óbice para su análisis comparativo con la Directiva vigente a lo largo del texto, como antecedentes normativos de la norma de Derecho derivado).

Las consecuencias inmediatas pueden cifrarse en un mayor margen de maniobra estatal y, por tanto, en la adopción de medidas unilaterales que no hacen más que agravar la inseguridad que sufría la región, provocar un desequilibrio llamativo en la acogida y una dispar normativa reguladora de la misma, a pesar de encontrarnos entre países de una misma órbita jurídica. Las respuestas de carácter pragmático y con carácter excepcional sólo demuestran que los desplazamientos de población a gran escala no pueden afrontarse desde una equivocada y desenfocada perspectiva unilateral. Desde los inicios de la regulación normativa de este fenómeno, la principal lección a extraer se refiere al carácter internacional de esta problemática que si incumbe, en cualquier caso, a la comunidad de Estados en su conjunto, en mayor medida a los países inmersos en una dinámica de integración.

Los interrogantes en cualquier caso eran numerosos y complejos: había que delimitar el colectivo al que iba a dirigirse la acogida temporal, es decir, quiénes podían ser merecedores de una iniciativa de tal calado; cómo y quién iniciaría un procedimiento de características tan excepcionales; el estatuto a otorgar a las personas beneficiarias del mismo; la duración exacta con objeto de atender a sus exactos contornos interinos; y especialmente, su relación con el estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra, aspecto éste último que pretendería disipar las enormes dudas y recelos que tanto en las organizaciones de ayuda al desplazado como en la doctrina y algunos países comunitarios empezaba a despertar este modelo de protección.

El panorama cambia con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y la celebración del Consejo Europeo de Tampere –los días 15 y 16 de octubre de 1999–, para cuya aplicación el marcador de 27 de marzo de 2000 disponía la adopción de una *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*⁵⁷, que dispone las cuestiones relativas a la protec-

56. En adelante, *Propuesta de Acción común de 1997 y la modificada de 1998*: DOCE, nº C 106 de 04/04/1997, pp. 013-016 y DOCE nº C 268 de 27/08/1998, p. 0022.

57. En adelante, *Propuesta de Directiva de 2000*, DOCE, nº C 311E/2000, 31/10/2000, pp. 251-258.

ción temporal en un lugar preferente y de urgencia inmediata. Se pasa así de la consideración de la protección temporal como “algo inevitable” a convertirse en el “tema estrella” de JAI (cooperación en los asuntos en materia de Justicia e Interior)⁵⁸.

Culmina así un largo proceso de negociaciones en torno a una materia surgida de la necesidad de los acontecimientos que asolan Europa en los primeros noventa y que devino en la mayor muestra de las deficiencias intrínsecas de la armonización normativa y las necesidades de coexistencia interna entre los Estados miembros.

No se puede hablar de ausencia de base jurídica suficiente sin entender que la actuación comunitaria tiene dos etapas previas e ineludibles: la materia ha de considerarse, en primer término, un ámbito de interés común, condición que crea la suficiente voluntad política para proceder a su regulación y, en consecuencia, adoptar la necesaria normativa al respecto. En nuestro caso, la regulación de la acogida temporal de las afluencias a gran escala, no había resultado una preocupación de consuno hasta la catástrofe humanitaria yugoslava, e incluso en ese caso y a pesar de la evidencia de que se trataba de un tema de interés común, se tardó en construir la suficiente voluntad política y consensuada que diera lugar a la actual base normativa. Todo ello sirvió para dar muestra del auténtico nivel de “integración sustantiva” de la Unión Europea a finales del siglo XX.

Bien puede afirmarse como hace Steenberger:

“It is sad to say that fact that asylum seekers came into large number to the countries to the European Union has been the strong motor pushing the Europeanisation of asylum and immigration law”⁵⁹

Efectivamente, consideramos que la regulación que hace el Tratado de

58. Tras el *Consejo Europeo de Tampere*, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 se acordó trabajar con vistas a la creación de un sistema común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención de 1951, para de este modo lograr que ninguna persona sea repatriada a un país en que sufra persecución, observándose la plena aplicación del principio de no devolución. A corto plazo, dicho sistema debería incluir, entre otras cosas, las condiciones mínimas para la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado así como medidas relativas a formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite protección. A largo plazo, las normas comunitarias deberían dar lugar a un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo. Además, el Consejo Europeo insta al Consejo a que incremente sus esfuerzos para lograr un acuerdo sobre la cuestión de la protección temporal de las personas desplazadas basado en la solidaridad entre los Estados miembros. Quizás lo más conveniente sería la constitución de algún tipo de reserva financiera para prestar protección temporal en situaciones de flujo masivo de refugiados (Conclusiones de la Presidencia, Doc. SN 200/99, párr. 13, 14 y 16).

59. STEENBERGER, J.D.M. “All the King’s Horses...Probabilities and Possibilities for the Implementation of the New Title IV EC Treaty”, en *EJML*, vol. 1, 1999, p. 53.

Amsterdam de la Protección Temporal no resulta un paso más en la evolución de la regulación del asilo, no obstante lo cual, son inercias que se autoestimulan. Yugoslavia fue el detonante que abre la Caja de Pandora de la acogida temporal y ésta se sirve o beneficia del bagaje jurídico anterior que da lugar a la comunitarización. Por lo tanto, dudamos que la propia dinámica de la regulación normativa del asilo en Europa, sin ese detonante, hubiera determinado un modelo de protección de estas características.

Se tiende a hacer una distinción, por tanto, entre la regulación del asilo antes y después de Amsterdam. Esta divergencia no resulta solamente o en exclusiva de la mayor ambición en el ámbito de materias o del grado de profundización sino que parece denotarse una “sensibilidad” distinta. Realmente, tras la entrada en vigor del Tratado el 1 de mayo de 1999, no sólo se transforma el marco jurídico en el que venían regulándose las materias relativa al asilo y las cuestiones de inmigración a través de la *comunitarización* efectuada por el Título IV del TCE –denominado “visados, asilo; inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”–, sino que tal cesión de competencias ha devenido en un interés inaudito –hasta el momento– por armonizar conceptos básicos para la conformación de un sistema de protección europeo de personas en peligro. El cambio es cuantitativo (número de materias que aborda la regulación), cualitativo (en relación con el proceso de comunitarización), y como afirma el Profesor Pelaez Marón «(...) se han puesto las bases para el desarrollo de una reflexión comunitaria más rigurosa e incluso más comprometida de la figura del refugiado»⁶⁰.

En cualquier caso, en el marco comunitario se está formando un “sistema europeo común de asilo” que podría producir, en breve, extraordinarios resultados en materias que habían pertenecido de forma tradicional a la esfera más celosa de la competencia estatal y respecto de las cuales no parecía que cupiese mayor acercamiento normativo que aquel resultante de la cooperación intergubernamental más restrictiva.

No obstante, el nuevo enfoque o perspectiva está llamado a convivir con el anterior paradigma de contención descrito⁶¹ lo que se resuelve en lo que el Profesor Mariño Menéndez denomina «la oscilación» de las políticas estatales

60. PELAEZ MARÓN, J.M. «La Unión Europea y los Refugiados: entre la obligación y el recelo, freno o impulso para la protección de los refugiados», en (Fernández Sánchez, Pablo A. editor). *La Revitalización de la Protección de los Refugiados. op. cit.*, p. 29.

61. Así por ejemplo, las Profesoras Claudia Faria y Laura Corrado, tras un estudio de los instrumentos normativos adoptados desde el Tratado de Amsterdam hasta Niza, concluyen:

“La brève analyse réalisée dans cet article montre les politiques d’asile et d’immigration, mais aussi l’étroite imbrication de ces deux questions, qui risque parfois d’avoir des répercussions négatives, même non recherchés, sur les droits des demandeurs d’asile qui sont de bonne foi”.

FARIA, C.; CORRADO, L. «Vers une politique européenne commune en matière d’asile et de migration», en *EIPASCOPE*, nº 2001/2, p. 12.

entre la búsqueda de la afirmación de valores de solidaridad universal y la preocupación por la seguridad nacional⁶².

Es en la conformación de un concreto *espacio de libertad, seguridad y justicia* (artículo 61 del TCE), en el que la política común de asilo viene a jugar un papel preponderante y, como forma de complemento al mismo, aparece la necesidad de adoptar normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas que no pueden volver a su lugar de origen (artículo 63.2.a y b)⁶³, en el marco de la peculiar comunitarización propuesta por Amsterdam⁶⁴.

62. «En el marco jurídico de la integración europea quedan estas dos tendencias bien reflejadas y es importante el sentido al que finalmente se incline su normativa porque, en verdad, la posición de Europa podrá influir muy especialmente en la futura configuración de las normas generales del Derecho internacional». MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. «La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento y su desarrollo regional en el derecho europeo», *op. cit.*, p. 473.

La valoración doctrinal de la evolución normativa aunque reconoce y estima positivamente los avances logrados no deja de mantener una postura de delicada prudencia.

Más optimista, el Profesor Hailbronner:

“The introduction of Title IV on visas, asylum, immigration and other policies related to free movement of persons may finally enable the European Union to abolish controls on persons at most of its internal borders, and to address the challenge of migration in a more efficient way. Success will depend on the political will of the representatives of all participating Member States, especially as long as unanimity in Council is needed for decisions in the framework of the new Title in the EC Treaty”.

HAILBRONNER, K. «The Treaty of Amsterdam and Migration Law», en *EJML*, vol. 1, 1999, pp. 26-27.

Por contra, Steenberg estima:

“My conclusion will be that the developing law regulating migration of third-country nationals presently shows insufficient respect for the individual and for the rule of law, and gives priority to the (perceived) interest of the Member States in a disproportional manner, therefore, the existing legal instruments should not simply be translated into Title IV instruments, but will have to undergo substantive change”.

STEENBERGER, J.D.M. «All the King's Horses... Probabilities and Possibilities for the Implementation of the New Title IV EC Treaty», *op. cit.*, p. 31.

63. En realidad, el artículo 63. 2 a y b TCE dispone competencias comunitarias para regular no sólo la normativa referente a la protección temporal, sino también la protección subsidiaria y el Fondo Europeo de Refugiados: *Decisión del Consejo, de 28 de septiembre de 2000, por la que se crea el Fondo Europeo para los Refugiados*, DOCE n^o L 252, de 06.10.2000, p. 0012. (En adelante Decisión FER). Posteriormente se adopta: 2001/275/CE: *Decisión de la Comisión, de 20 de marzo de 2001, que establece las normas de ejecución de la Decisión 2000/596/CE del Consejo por lo que se refiere a la admisibilidad de los gastos y a los informes de ejecución en el marco de las acciones cofinanciadas por el Fondo Europeo para los Refugiados*, DOCE n^o L 095, de 05.04.2001, p. 0027-0040.

64. Se exige la unanimidad para la adopción de los instrumentos normativos; establece un periodo transitorio de cinco años; se han de establecer normas mínimas; se permite la flexibilidad del *opting in* y *opting out*; la soberanía de los Estados con respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior queda garantizada en virtud del artículo 64.1 TCE.

Para un análisis pormenorizado del Tratado de Amsterdam puede consultarse el estudio monográfico de los más destacados especialistas en: GUILD, E.; HARLOW, C. *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in the EC Law*, Oxford, Portland, 2001. Igualmente, *vid.* MARINHO, C. (editora), *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam*, European Institute of

El procedimiento de Consulta con el Parlamento Europeo, el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social nos aportarán muchas luces sobre el desarrollo de los trabajos de la Comisión y la formación de un consenso entre los Estados sobre las materias más difíciles de delimitar⁶⁵. Igualmente en lo que respecta a los informes de ACNUR. La *Declaración sobre el artículo 63 del TCE* adoptada en la CIG de 1996, previa al Tratado de Amsterdam disponía que se entablarán consultas sobre cuestiones relativas a la política de asilo con el Alto Comisionado y otras organizaciones internacionales pertinentes⁶⁶.

Ese diálogo inter-institucional y entre organizaciones internacionales resultará en ocasiones decisivo a la hora de la interpretación de nociones utilizadas por la Directiva.

El Tratado de Niza –adoptado el 26 de febrero de 2001– extiende el procedimiento de codecisión al ámbito de materias del artículo 63.2.a), esto es, a las normas mínimas sobre protección temporal, siempre y cuando el Consejo hubiera adoptado previamente una legislación comunitaria definiendo las normas comunes y los principios generales esenciales por el procedimiento especial de este título contemplado en el artículo 67: el Consejo decide por

Public Administration, Conference Proceeding, Países Bajos, 2001.

65. 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*).

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. *Dictamen del Comité Económico y Social 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»*. DOCE nº C 155, de 29/05/2001, pp. 21-25. (En adelante: *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva*).

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»*. DOCE nº C 357 de 14/12/2001, p. 006-0010. (En adelante: *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva*).

66. ACNUR. *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, de diciembre de 2001 (en adelante, *Comentario sobre el Borrador de Directiva*).

CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros, *Recomendación R (2000) 9 on temporary protection*, 3 de mayo de 2000.

ECRE. *Position of the European Council on Refugees and Exiles on Temporary Protection in the Context of the Need for a Supplementary Refugee Definition* (marzo 1997). *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing*. Enero de 2001.

ILPA response to the European Commission's Proposal for a Directive on: minimum standards of Temporary Protection in the event of a mass influx.

unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo (situándolo en la escala más leve de participación comunitaria). Así fue.

Coherente con el desarrollo ulterior, el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, incluye la regulación de las materias relacionadas con el Espacio de Libertad y Justicia (y, en consecuencia, nuestro sistema de protección temporal) entre aquellos ámbitos que comprenden las calificadas como «competencias compartidas» entre la Unión y los Estados miembros⁶⁷.

Los desarrollos normativos desde una perspectiva conjunta pudieran realzar la naturaleza holística de la protección de las personas desplazadas.

La Directiva de Protección Temporal ofrece una aproximación común al problema de los flujos masivos de población. Vendría de alguna manera a compensar los excesos de los años anteriores y a confirmar que la cuasi comunitarización puede ser más beneficiosa que perjudicial; por otro lado, en un esfuerzo por equilibrar las necesidades internacionales y el pragmatismo, crea nuevas obligaciones internacionales sobre la base de *la compensación de esfuerzos*. Se ofrece un estatuto generoso a cambio de una protección interina y orientada al retorno basada en el principio de solidaridad comunitaria; acogida inmediata a cambio de ausencia de integración como modelo. Véase con detenimiento sus particularidades en los siguientes Capítulos.

67. El Tratado puede consultarse en *DOUE C* 310, de 16/12/2004. Entre los objetivos de la Unión (art. 1.3.2), la norma convencional dispone ofrecer a sus ciudadanos un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el cual es calificado, *a posteriori*, como uno de los ámbitos de competencia compartida, entre la Unión y los Estados Miembros (art. I-14.2.j). Independientemente, de los medios y técnicas aplicables a estas materias (art. 1.42, del Título V, de la Parte D), la regulación jurídica concreta de dicho Estado de Libertad, Seguridad y Justicia se lleva a cabo en el capítulo IV, del Título III, Parte III. Justo en la sección segunda: "Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, en el art. III. 266. i.c) se halla el "sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva".

Si bien no es el momento para una evaluación de los cambios operados en la regulación de las materias ajenas al asilo, quisiéramos subrayar la incorporación al "sistema europeo común de asilo" –pues no se dispone expresamente en el contenido del actual art. 63 del TCE–, "la asociación y cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal", competencia que, como podrá comprobarse en próximos capítulos resulta de esencial interés en relación con el modelo de Protección Temporal en Europa.

CAPÍTULO II
CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERÍSTICAS PRELIMINARES DEL
SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL EUROPEO

I. LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL. LA DIRECTIVA.

El artículo 63.2 del TCE regula la competencia normativa comunitaria respecto a la protección temporal y el fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros, que no sólo tiene como beneficiarios a los refugiados sino también a las personas desplazadas en general. En concreto dispone:

“Artículo 63. 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 internacional;

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”¹

En respuesta a este llamamiento –y con base en la dilatada experiencia que habían proporcionado las propuestas de acción común anteriores, así como de forma especial la *Propuesta de Directiva de 2000–*, se adopta la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, *relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo*

1. La cursiva es de la autora.

*equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida*².

Como puede comprobarse, la base jurídica del dispositivo de Protección Temporal europeo no se halla en una única disposición del Tratado, sino que comprende tanto los apartados a) como b) del artículo 63.

Teniendo en cuenta las divergencias manifiestas entre los Estados miembros respecto a las características que debían comprender el necesario esfuerzo equitativo en la acogida de los desplazados pareció aconsejable —durante la redacción del Tratado de Amsterdam— proceder a la separación de ambos objetivos —con objeto de que la ausencia de acuerdo sobre uno no afectara a los progresos obtenidos respecto al otro. No obstante, finalmente, y en atención a la importancia que para el sistema de Protección Temporal europeo supone el que éste se halle sustentado por un equilibrado esfuerzo común, en la norma adoptada se hace acopio del literal de ambos preceptos obteniendo como resultado una doble base jurídica.

Se asume, en definitiva, que tales normas y medidas se hallan vinculadas y son dependientes entre sí —según el Considerando número nueve de la Directiva—, en razón de una mayor eficacia, coherencia, solidaridad y con el fin especial de evitar movimientos secundarios. Estos motivos conducen a la adopción de sendas finalidades, es decir, la adopción de normas mínimas sobre protección temporal y el fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros, en un solo instrumento jurídico.

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 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 del TCE) y el omnipresente principio de proporcionalidad (artículo 5.3 del TCE)³. La Comunidad Europea no tiene competencias exclusivas respecto a la política europea común de asilo, por lo tanto, en lo que respecta a la creación de un disposi-

2. El objeto de la misma aparece en su artículo 1, el cual, en realidad, viene a reiterar el propio enunciado de la Directiva, cuyo título resulta por ello suficientemente específico. En función del artículo 1, de nuevo: «La presente Directiva tiene por objeto establecer normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que non 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 su acogida».

3. 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 ambos objetivos y la mejor disposición de la Comunidad al respecto, 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 la finalidad de la misma.

tivo de Protección Temporal para flujos masivos, actúa en la medida en que resulte un problema supranacional que requiera de una actuación a este nivel para su mayor eficacia. Ese campo de las 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–, la elección de la forma y los medios más adecuados para aplicarla en su ordenamiento jurídico y contexto nacional (artículo 249 del TCE).

Lo anterior no es óbice, pues, para la convivencia de esta norma con los sistemas de protección temporal nacionales destinados a entrar en acción en virtud de sus peculiaridades concretas. La Directiva no supone una suplantación de los mismos, sino un mecanismo alternativo en la medida en que se haga necesaria esa actuación 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 ellas⁴. 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 y cesa a través de una decisión del Consejo por mayoría cualificada: comunitariza un proceso decisorio antes intergubernamental). Eso sí, es una competencia compartida pero en cierto modo “excluyente”, porque cuando se activa la protección temporal comunitaria resulta de aplicación obligatoria para los Estados miembros, que replegarían o reconducirían sus medidas internas si éstas se hubieran iniciado.

En virtud del artículo 3.4:

“La presente Directiva no será aplicable a las personas que 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 adop-

4. El *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal* incluso llega a regular ambas modalidades en un sólo instrumento. Según su artículo 4, el dispositivo puede ser incoado por el Consejo de la Unión Europea a propuesta de la Comisión (procedimiento de la Directiva), o bien, por el Gobierno español, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores en los supuestos de evacuación, o del Ministro del Interior en los casos de emergencia.

ción. Con esta disposición se pretende no interferir en situaciones existentes, imponiendo derechos distintos a personas admitidas sobre la base de decisiones meramente nacionales⁵.

Se trata de una decisión basada en la soberanía nacional, pues en ningún caso se pretende sustituir definitivamente y en todo lugar a los regímenes temporales nacionales que se seguirán aplicando.

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 ese 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. 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 luego 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 europeo⁶.

1. EL DISPOSITIVO DE PROTECCIÓN TEMPORAL EUROPEO: UNA COMUNITARIZACIÓN LIMITADA.

La elección de la Directiva como base jurídica del sistema de Protección Temporal es congruente con las cualidades que la regulación de materias afines al asilo o, en general respecto a la protección de las personas desplazadas conservan en el proceso de construcción europeo. Se trata, en definitiva, de ámbitos materiales integrados sólo de forma parcial, por lo que los Tratados no prevén una regulación nítidamente comunitaria sino una armoni-

5. *Vid. Propuesta de Acción Común de 1997*. Exposición de Motivos, para. 11, comentario al artículo 2.1 equivalente al actual artículo 3.4 de la Directiva.

6. El Reglamento español de transposición en el que se contempla un mismo estatuto jurídico para los beneficiarios del modelo de protección temporal "comunitario" o del "nacional" es un claro ejemplo del logro de la armonización normativa de la Directiva.

zación fruto de la cooperación entre instituciones y Estados miembros. Ni siquiera 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 Dinamarca como Irlanda y el Reino Unido debían decidir su incorporación al establecimiento de este dispositivo que, en principio, no resultaba una materia a ellos aplicable⁷. Habida cuenta de que sólo el Reino Unido mostró su deseo de participar en la adopción de la Directiva y que, recientemente, Irlanda ha manifestado su interés en aceptarla, no resulta vinculante tan sólo para Dinamarca⁸. 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 recién adheridos—, a catorce y no a quince.

Un Reglamento hubiera resultado la expresión más clara del “poder legislativo comunitario”, la Directiva, por el contrario, refleja los “límites” a ese poder. Podría decirse de una forma más gráfica que la Comunidad tiene competencias respecto a los sistemas de acogida temporal, pero sólo hasta cierto punto.

En la utilización de esta norma de Derecho derivado, pues, subyace la clásica dialéctica entre la tendencia conservacionista estatal respecto a determinadas parcelas que han pertenecido tradicionalmente a su soberanía y que, en consecuencia, quiere regular en exclusividad, de un lado, y la dinámica

7. En virtud del artículo 69 del TCE: «La aplicación del presente título quedará sometida a lo dispuesto en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda así como al Protocolo sobre la posición de Dinamarca, y se entenderá sin perjuicio del Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido e Irlanda».

8. Los Considerandos número 24, 25 y 26 de la Directiva se hacen eco de esta circunstancia:

“(24) A tenor del artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Reino Unido notificó, por carta de 27 de septiembre de 2000, su deseo de participar en la aprobación y aplicación de la presente Directiva.

(25) A tenor del artículo 1 del mencionado Protocolo, Irlanda no participará en la adopción de la presente Directiva. En consecuencia, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo citado, las disposiciones de la presente Directiva no serán aplicables a Irlanda.

(26) A tenor de los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participará en la adopción de la presente Directiva y, por tanto, no estará vinculada por la misma ni se someterá a su aplicación”.

Con arreglo al artículo 4 del *Protocolo sobre la posición de Irlanda*, ésta notificó a la Comisión su deseo de participar en la Directiva mediante carta de 11 de abril de 2003, a la que se sucede dictamen favorable de la Comisión de 6 de agosto de 2003. La decisión oficial puede consultarse en: *Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 2003 sobre la petición de Irlanda de aceptar la Directiva 2001/55/CE del Consejo relativa a 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 dichas personas y asumir las cargas de dicha acogida*. DOCE nº L 251 de 3.10.2003, p.23.

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 estas áreas de interés internacional y, por lo tanto, llamadas 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 común para casos excepcionales de afluencia masiva, mientras que al mismo tiempo, pretende la armonización legislativa de los sistemas de acogida temporal nacionales que —confiesa la Comisión—, resultaban divergentes, imperfectos, incompletos y a menudo tuvieron que implantarse de manera precipitada y puntual⁹.

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 (artículo 5 de la Directiva) o la organización de la solidaridad comunitaria (capítulo VI de la Directiva)—, de las que poco cabe transponer 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 —estatuto de los beneficiarios (capítulo III de la Directiva)—, y otras de las que difícilmente se puede extraer consecuencias *a priori* sin una concreta disposición estatal de ejecución —medidas subsiguientes a la protección temporal (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.

2. LA DIRECTIVA COMO NORMA GENERADORA DE OBLIGACIONES DE RESULTADO. LA NATURALEZA DE NORMAS MÍNIMAS.

La Directiva impone a los Estados miembros una *obligación de resultado* que debe ser cumplida en el plazo determinado por la propia norma (en atención al artículo 32 el plazo ha expirado el 31 de diciembre de 2002)¹⁰. La convergencia obligada de las 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

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

10. El artículo 32 estipula textualmente:

“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.”

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 general¹¹–, y que supone la creación de un marco de trabajo para la acción de los Estados a los que se deja libertad (libertad ciertamente vigilada)¹² para alcanzar en el ámbito de su orden interno los fines que se señalan, resulta más limitada en esta ocasión por el efecto directo de algunas de sus normas. A pesar de que el margen de apreciación es innegable en numerosas disposiciones –algunas de las 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 que se pretende a nivel comunitario adquiere 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.

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 de carácter 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

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

12. En el contexto de la Directiva y por lo que respecta a las funciones de la Comisión en este ámbito de materias, resulta de recibo 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 posterioridad 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 Comisión vigila el cumplimiento de la Directiva por parte de los Estados miembros y éstos, a su vez, son los encargados de vigilar y sancionar –en caso de incumplimiento– las disposiciones en aplicación de la misma. Según el artículo 30:

“Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicable a las violaciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar la ejecución de éstas. Las sanciones así previstas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Resulta un *mecanismo de garantía descentralizado*.

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:

“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”¹³.

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 qué 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 europeo. 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 (*v.gr.* la cesación de la acogida 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 ese 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, se podría establecer el acceso de los acogidos a una atención médica completa.

13. *Cfr.* Considerando número 12 de la Directiva.

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 normativa de transposición (*v.gr.* la Directiva no impone una 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).

En tercer lugar, la Directiva 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 norma 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 del 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 de la normativa estatal, lo cual a su vez, implica una *diversidad jurídica* en la transposición de la Directiva entre los Estados miembros. Si bien la aplicación de la Protección Temporal puede resultar divergente en función del ejercicio de las competencias que corresponden a los Estados, no es menos cierto que, en virtud de las disposiciones que gozan de aplicabilidad directa, el dispositivo conserva una sólida base común en cuanto a su estructura.

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.), no se pueden hallar todas las respuestas sólo con el examen de la normativa (ya sea ésta la europea común o la interna de los Estados); su aplicación práctica y la posible interpretación judicial que se pudiera hacer de ella en el futuro resultará determinante en muchos aspectos.

Por otro lado, téngase en cuenta que se trataba de hallar un dispositivo lo suficientemente flexible 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 una opción del Trata-

do; 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, cuando menos por hipótesis, que la comunitarización ha llegado tan lejos como la solidaridad –el reparto de cargas financieras y personales— 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.

II. CONCEPTO EN SENTIDO ESTRICTO. LA PROTECCIÓN TEMPORAL EUROPEA. CARACTERÍSTICA SINGULARES DEL DISPOSITIVO.

El artículo 2 de la Directiva –disposición definitoria por cuanto ofrece el significado de distintos términos que se utilizan a lo largo de su articulado–, ofrece un concepto de lo que se entiende por “Protección temporal”.

En virtud del artículo 2.a):

“A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) Protección temporal: 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 al mismo precisamente como fórmula de salvaguarda de su buen funcionamiento en circunstancias de tal envergadura –he ahí una de las claves para entender el interés comunitario en la adopción de una normativa de acogida en caso de afluencia a gran escala, la desestabilización de las estructuras tradicionales de protección.

No confunda tal referencia al lector, pues no se trata de un derecho exigible por las personas desplazadas que no pueden volver a su país de origen sino que se presenta como *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 la calificación de la situación por parte de las instituciones –criterios sustantivos–, las cuales decidirán –criterios procedimentales–, si se reúnen las condiciones para la apli-

cación de un sistema excepcional como el que se propone. Resulta, pues, un mecanismo centralizado –lo decide el Consejo, no los Estados miembros de forma individualizada–, y de carácter grupal –está destinado a un colectivo de personas que no necesitan demostrar el peligro que sufren o pudieran sufrir en el marco de un procedimientos singular.

Ni toda afluencia masiva requerirá de la acción comunitaria (tan sólo aquella que así lo determine la propia Comunidad), ni los beneficiarios descritos en su articulado obtienen, por el mero hecho de serlo, la posibilidad de solicitar una acogida como la que se propone. 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 determinación individualizada de cada sujeto–, dispone una acogida inmediata aunque limitada en el tiempo y enfocada al regreso de los desplazados. 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.

La Protección Temporal emerge así como un sistema complementario al *in fieri* “sistema europeo común de asilo” destinado a hacerlo funcionar correctamente en tales situaciones de emergencia que reclamaban un tratamiento normativo singular; una adecuada regulación que pudiera aprehender el fenómeno en su integridad.

Quizás pudiera ofrecerse un concepto de Protección Temporal europeo, por nuestra parte, más conciso:

“Se trata de un dispositivo que determina la acogida inmediata y de carácter temporal para casos excepcionales de afluencia masiva de personas desplazadas dispuesto por las instituciones comunitarias, que establece un concreto estatuto cualificado de extranjería para sus beneficiarios en los Estados miembros, así como un reparto equitativo de las responsabilidades como expresión de la solidaridad comunitaria”.

Véanse brevemente sus características singulares que se resuelven en hilos conductores o claves de bóveda de toda la estructura, a expensas de su estudio más pormenorizado a lo largo de los siguientes capítulos.

III. CARACTERÍSTICAS SINGULARES DEL DISPOSITIVO

1. SISTEMA DE PROTECCIÓN COLECTIVO: LA AFLUENCIA MASIVA COMO PRESUPUESTO DE HECHO. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL EUROPEA.

El dispositivo de Protección Temporal europeo está destinado a atender casos de afluencia masiva de personas desplazadas. Estos desplazamientos a gran escala se convierten en la esencia del concepto que así lo singulariza. Su ámbito concreto de aplicación lo distingue y separa de otros mecanismos de protección con los que no ha de interferir en función de su diverso objeto de atención.

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 que a través de una determinación grupal, *prima facie*, se consideran beneficiarios del estatuto previsto por la norma.

La excepcionalidad no sólo deviene del carácter selectivo de los desplazados –pues 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 concretas obligaciones de acogida (artículo 2.c.)–, sino, de forma especial, deriva de la magnitud de los mismos.

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), 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 cualidades 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? –la Comisión ya había avanzado que resultaba imposible definir numéricamente de antemano lo que constituye exactamente una afluencia masiva¹⁴–; ¿o quizás consista en poner el acento en las cualidades del país de acogida que en función de su capacidad o recursos pudiera verse en mayor o menor medida superado por las circunstancias? –tanto el Alto Comisionado como algunas ONGs habían sugerido tomar en consideración estos elementos¹⁵–; ¿es posible contabilizar su llegada gradual o en escala o ha de tratarse un desplazamiento masivo inmediato?¹⁶.

14. *Propuesta de Directiva* de 2000. Comentario a los artículos, p. 16.

También, ACNUR: *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, p. 3.28.

En el mismo sentido se han manifestado las ONGs, *v.gr.*, ECRE. *Position of the European Council on Refugees and Exiles on Temporary Protection in the Context of the Need for a Supplementary Refugee Definition* (marzo 1997), pto.13. *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing* (enero de 2001).

15. ACNUR. *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva*, *op. cit.*, p. 3.28. ECRE insistía en la importancia de evaluar la capacidad del país para proporcionar acogida y protección. *Position of the European Council on Refugees and Exiles on Temporary Protection in the Context of the Need for a Supplementary Refugee Definition* (marzo 1997), pto.13. *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing* (enero de 2001).

16. Si se toma como referencia la afluencia de personas desplazadas de Kosovo, ésta resultó realmente masiva para Macedonia y Albania pero no para otros países miembros de la UE. Podemos tomar como ejemplo el caso del Reino Unido. A través del HEP, Programa de Evacuación

Es difícil encontrar una respuesta certera a todas estas cuestiones. *Flujo masivo* se nos presenta como un concepto impreciso, lo suficientemente flexible y versátil como para dejar 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 nunca ha de ser arbitraria.

En una interpretación sistemática y teleológica de la Directiva se cuentan con determinados elementos 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 verá con más detenimiento en el Capítulo Quinto de este trabajo–, se encuentra con un cheque en blanco.

Así, en el artículo definitorio –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:

“Afluencia masiva: la llegada a la Comunidad de un *número importante* de personas desplazadas, procedentes de un país o zona geográfica 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”¹⁷.

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 las otras que soliciten 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 la *magnitud* de los movimientos de personas desplazadas».

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

Humanitaria de Kosovo, llegaron a territorio británico, a lo largo de 6 meses, 4.000 kosovares. Si comparamos esa cantidad con el número de solicitudes de asilo las cifras son llamativas: 5.060 en marzo de 1999; 4.905 en abril de 1999; 5.370 en mayo de 1999; 6.230 en junio de 1999. Entre marzo y junio unos 2.900 somalíes llegaron al Reino Unido. En consecuencia, la organización Medical Foundation se pregunta si puede considerarse realmente flujo masivo. MEDICAL FOUNDATION, *Comments on the Commission Proposal for Council Directive on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measure promoting a balance of efforts between Member State in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, p.4.

17. La cursiva es de la autora.

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. Es evidente que 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 de una magnitud tan considerable que obligue a una actuación conjunta de los miembros de la Comunidad.

En principio llaman la atención dos particularidades: de entrada, la afluencia masiva no tiene por qué haberse producido realmente, sino que se considera, igualmente, la *posibilidad* de que ésta ocurra en breve –el artículo 2 a. definía el dispositivo de protección temporal para la afluencia masiva o *inminencia* de afluencia masiva. Por otro lado, se toman en consideración, de igual forma, los desplazamientos en masa *espontáneos* o *controlados*, como por ejemplo, a través de un programa de evacuación.

En consecuencia, se pueden producir dos supuestos:

1. La afluencia masiva aún no ha llegado a nuestras fronteras pero es previsible que así sea. En ese caso, se activaría el procedimiento a modo de prevención tras la evaluación 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 –así como de crítica por parte de las organizaciones vinculadas con los desplazamientos–, de los que se deducía que ésta había de ser perentoria y no una mera posibilidad¹⁸.

18. Así la *Resolución del Consejo* de 1995, prevé la posibilidad de crear una “acción armonizada en beneficio de personas desplazadas cuando, por ejemplo, llegue al territorio de los Estados miembros un flujo masivo de personas desplazadas o cuando exista *una gran probabilidad de que dichos Estados deban hacer frente inmediatamente a dicho flujo*” (punto 2, la cursiva es de la autora).

De nuevo, en las *Propuestas de Acción Común de 1997 y la modificada de 1998* encontramos la misma posibilidad. El artículo 1 c) de éste último definía movimientos de huida masiva como: “la llegada repentina al territorio de la Unión de un número importante de personas procedentes de un país o de una zona geográfica determinada, que soliciten protección internacional, o la *probabilidad en alto grado de que tal situación pueda presentarse pronto*”.

Las ONGs vinculadas al tema criticaron la posibilidad de la amenaza, recomendando que este dispositivo sólo funcionara para hacer frente a una afluencia masiva actual. De esta forma, cuando, sorprendentemente, el precedente más inmediato de la Directiva vigente, la *Propuesta de Directiva* de 2000, se aleja de sus antecedentes y guarda silencio sobre la posibilidad de la amenaza, las ONGs felicitan la medida (*vid. ECRE. Position of the European Council on Refugees and Exiles on Temporary Protection in the Context of the Need for a Supplementary Refugee Definition* (marzo 1997), punto 14 (se reitera en el informe de enero de 2001). También: JUSTICE COMMENTS. *Proposal for a Council Directive on minimum standards for temporary protection in the event of a mass influx and on measures promoting a balance of efforts between member state in receiving such persons*, punto 4.

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.

La expresión fue introducida en la *Propuesta de Acción Común modificada* de 1998, gracias a una enmienda presentada por el Parlamento Europeo¹⁹. Ya en la *Propuesta de Directiva* de 2000, la Comisión concreta que:

“la afluencia debe proceder de un mismo país o de una misma zona geográfica. Así pues, la afluencia coyuntural y acumulativa de solicitantes de asilo procedentes de distintos países no constituye la afluencia masiva desencadenadora de la protección Temporal objeto de la presente Directiva (...)”²⁰.

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 con la excusa del colapso de las estructuras que, en su caso, hubieran requerido simplemente otras medidas de agilización en el orden interno.

La Protección Temporal, como veremos a lo largo de este trabajo, va más allá, tiene otras causas y otras 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 concreto o un área geográfica determinada no existe ningún límite *ratione loci*, los desplazados pueden provenir, en principio, de cualquier país del mundo. Ni siquiera se especifica 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 esta región y, por tanto, requerir una respuesta más pronta. Esto conecta con el segundo de los supuestos.

2. La afluencia masiva se produce lejos de nuestro territorio y, por tanto, en ningún caso desestabilizaría las estructuras de asilo; no obstante, en atención a la responsabilidad de la Comunidad respecto a los problemas globales –solidaridad con terceros Estados que sufren las consecuencias de la afluencias en masa, problemas de seguridad regional, etc.–, podría resolver la conveniencia de proceder a la evacuación de las poblaciones amenazadas. La

Finalmente, en la redacción definitiva, se vuelve a incorporar la posibilidad de la amenaza. Este hecho, consideramos que está íntimamente vinculado a la eventualidad de los desplazamientos organizados.

19. PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, enmienda número 6.

20. *Propuesta de Directiva* de 2000, Comentario al artículo 2 d). La cursiva es de la autora.

posibilidad de acogida de personas desplazadas a través de un programa de evacuación no resulta 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 afluencia masiva no exigiendo un cruce real de fronteras europeas; atiende desplazados provenientes de países o zonas geográficas alejadas de Europa²¹ —se verá con mayor detenimiento en el Capítulo tercero.

En cualquier caso y como conclusión, el hecho de que el dispositivo de protección temporal pueda activarse frente a éxodos masivos que provengan de un mismo Estado o zona geográfica; ante una amenaza de desplazamiento masivo; o mediante el instrumento de la evacuación demuestra en último término que la norma no establece que la afluencia masiva tenga necesariamente que desestabilizar las instituciones de asilo del Estado; se pretende su implantación *especialmente* en esos casos, pero en definitiva el vínculo entre la descripción de la afluencia masiva y la desestabilización del asilo resulta un indicador más de la magnitud de los desplazamientos²².

21. 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 tiene pocos datos sobre sus características, no obstante la experiencia respecto del conflicto en la ex Yugoslavia. No se trata de un concepto a especificar por los Estados en sus respectivas normas de transposición sino que resulta un producto netamente comunitario, en estrecha relación con la Política Exterior y de Seguridad Común, que depende de una respuesta colectiva. No en vano y, atiéndose a modo de ejemplo, 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 sobre la Propuesta de Directiva*, punto 21.

22. Algunas delegaciones gubernamentales habían mostrado su disconformidad con el establecimiento de una dependencia absoluta entre la activación del sistema de Protección Temporal y los efectos adversos en los procedimientos de asilo nacionales (en concreto: Alemania, Austria, Italia, Francia y el Reino Unido *Cf.*: KERBER, K. «The Temporary Protection Directive», en *EJML*, vol. 4, 2002, p. 195).

Como fórmula de consenso final, se incorpora el inciso “en particular”, que a pesar de mostrar su aplicación especialmente en esos casos, no lo determina como *conditio sine qua non*.

Por el contrario, las organizaciones que habían entrado en diálogo con la Comisión durante la redacción de la Directiva habían insistido, de forma particular, en el hecho de que la acogida temporal fuera activada única y exclusivamente en caso de que la determinación del estatuto de refugiado resultase impracticable debido a la magnitud del éxodo (*v.gr.*: ACNUR. *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, diciembre de 2001, para. 3.28. ECRE. *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing*, enero 2001), todo ello con objeto de evitar la tentativa de utilizar la acogida temporal como fórmula de marginación del asilo —recuérdese la prudencia y recelo que ha caracterizado a estas organizaciones respecto a su análisis de la institución de protección temporal. Es por ello que la redacción final del artículo 2 a) de la Directiva ha obtenido como resultado la contestación de las mismas (de nuevo ECRE. *Information Note on the Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between*

En ese caso, la principal controversia suscitada en torno a la adopción de un dispositivo jurídico específico y excepcional para los desplazamientos en masa ha girado en torno a la compatibilidad del mismo con las obligaciones contraídas por los Estados miembros respecto del Convenio de Ginebra de 1951.

El argumento estatal defendido por la Comisión como base y fundamento para la creación de un nuevo medio de protección determinado venía a sustentarse en la propia supervivencia del sistema de asilo. En la medida en que los Estados europeos habían rechazado la posibilidad de proceder a un reconocimiento del estatuto de refugiado a grupos enteros de personas (*prima facie*)²³, los procedimientos de determinación individual de asilo propios de las tradiciones europeas resultaban inoperantes ante una llegada a gran escala, circunstancia ésta para la que no estaban pensados.

En palabras de la Comisión:

“La afluencia masiva de personas desplazadas en la Unión Europea ejerce sobre los sistemas de asilo tales presiones que resulta imprescindible llegar a acuerdos específicos para prestar protección inmediata a las personas interesadas y evitar la saturación del sistema de asilo en detrimento no sólo del interés de los Estados sino también de las restantes personas que soliciten protección con independencia de la afluencia masiva (...)”²⁴.

En consecuencia, pues, como complemento del sistema europeo de asilo y en *salvaguarda* de éste, disponen la creación de un nuevo instrumento para afrontar jurídicamente el problema de los grandes exilios.

El mismo motivo podía servir de argumento al razonamiento contrario: la excusa de la inoperatividad de los sistemas de determinación individual podía dar lugar a la creación de un nuevo dispositivo que sirviera como vía de esca-

Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof (septiembre de 2001), p. 3.

23. La Comisión en su Exposición de Motivos (*Propuesta de Directiva de 2000*, para. 2.1 *in fine*) resulta excesivamente parca, en comparación con el resto del texto, en cuanto a los motivos por los cuales los Estados se muestran reacios a la utilización de los mecanismos que ofrece la Convención de Ginebra para afrontar grupos masivos de desplazados (determinación grupal; aplicación de las cláusulas de cesación cuando hubieren desaparecido los motivos de exilio).

La tradición, los motivos de conveniencia personal, la armonización y el logro del establecimiento de un sistema de responsabilidad compartida pesan en la decisión sin embargo, no parece existir ningún argumento jurídico para el rechazo a la utilización del Convenio ginebrino que hubiera evitado, así, la necesidad de crear nuevos instrumentos.

24. *Propuesta de Directiva de 2000*, Exposición de Motivos, para. 1.4. También el párrafo 5.1 donde se marcan los objetivos de la Propuesta de la Comisión, en su apartado segundo: “evitar la saturación completa de los sistemas nacionales de asilo en caso de afluencia masiva, que repercutiría negativamente en el interés de los Estados, las personas interesadas y las restantes personas que soliciten protección con independencia de esta afluencia masiva, y, consiguientemente, apoyar la viabilidad del sistema europeo común de asilo”.

pe ante las obligaciones internacionales sobre desplazamientos forzados. La nueva Directiva sobre Protección Temporal más que completar el Convenio de Ginebra o salvaguardarlo vendría a restarle aplicación ante ciertos colectivos, en función del número de afectados. La flexible delimitación de lo que ha de considerarse afluencia masiva tendría como resultado un estatuto diferente para personas que huyen de peligros similares –con el dispositivo europeo obtendrían protección pero de carácter temporal y podrían ver suspendidos algunos derechos tan fundamentales como el de solicitar el estatuto de refugiado²⁵.

La Comisión, consciente del peligro, determina:

“A veces se ha criticado la protección temporal por quienes consideran que se aplica en algunos Estados como un instrumento para eludir, o incluso impedir la aplicación de las obligaciones de la convención de Ginebra. En efecto, los riesgos de abuso no deben ignorarse. La responsabilidad de la Unión Europea es crucial, por lo que ésta debe demostrar...que no es ese su objetivo”.

“(…) La protección temporal en caso de afluencia masiva, tal y como se propone por la Comisión, no constituye una “tercera” forma de protección, junto al estatuto de refugiado basado en la Convención de Ginebra y la protección subsidiaria, que suponga minar las obligaciones internacionales asumidas por los Estados miembros o prejuzgar los esfuerzos de armonización y consolidación de las formas de protección subsidiaria en Europa”²⁶.

Ante tal disyuntiva, no sorprende que la Comisión se esfuerce por confirmar y demostrar la intención de cumplir de forma tajante, con las obligaciones internacionales y, muy especialmente, con la Convención de Ginebra. Las referencias a la misma –desde las primeras líneas de la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva de 2000* calificando la Protección temporal de “instrumento al servicio de un sistema europeo común de asilo y de la aplicación plena de la Convención de Ginebra”– son buena prueba de ello.

No obstante todo lo anterior, el sistema de Protección Temporal sí supone una “tercera forma de protección” y aunque ello no haya de poner en cuestión las obligaciones internacionales de los Estados, del articulado se desprende el convencimiento de que en caso de afluencias a gran escala sería el instrumento ideal y no así, la Convención de Ginebra.

25. En función del artículo 3.1 de la Directiva: “La protección temporal se entenderá sin perjuicio del reconocimiento del estatuto de refugiado de conformidad con la Convención de Ginebra”. Sin embargo, aunque se reconoce el derecho a solicitar asilo (artículo 17 de la Directiva), se permite la suspensión de su examen durante los tres años de duración máxima del dispositivo: se potencia la repatriación voluntaria una vez finalizado el sistema de protección, lo que puede dar al caso de la no presentación de solicitudes en ese momento: se permite la no acumulación de los estatutos de beneficiario de la protección temporal y solicitante de asilo: en la medida en que ello pueda suponer la reducción de alguno de los derechos adquiridos con la Directiva puede actuar a modo de “inductor negativo”. Se analizará en mayor profundidad en el Capítulo Cuarto de este trabajo.

26. *Propuesta de Directiva de 2000*, Exposición de Motivos, paras.2.3 y 1.4 respectivamente.

Bien es cierto que la incardinación de la Protección Temporal y sus peculiaridades han estado bajo sospecha mas resulta imprescindible resaltar que responde a otras necesidades o problemáticas. Cada uno de los dispositivos de protección está diseñado para supuestos de hecho diferentes, uno se basa en la determinación individual de la persecución y otro en el carácter grupal de unos peligros. No obstante, está fuera de toda discusión que las fronteras son difíciles de delimitar y sólo la aplicación escrupulosa de la misma borrará la sombra del escepticismo.

2. DISPOSITIVO SUBSIDIARIO DE PROTECCIÓN INMEDIATA Y DE CARÁCTER TEMPORAL.

La acogida 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 aportación *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 derechos fundamentales, etc.—, ni solventarse.

Los mecanismos de asistencia e intervención en origen 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 el 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 tal magnitud.

En cualquier caso, la acogida temporal aunque subsidiaria de todas estas medidas no significa que haya 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 este 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 temporalidad, su ámbito de aplicación para unas concretas coordenadas de espacio y tiempo, son coherentes con su carácter subsidiario.

El procedimiento centralizado de determinación grupal *prima facie* tiene una consecuencia principal: la protección que se ofrece resulta *inmediata*.

Una vez activado el dispositivo por el Consejo se otorga un conjunto de derechos en los Estados miembros, un estatuto determinado y equitativo que pretende ofrecer un nivel adecuado de vida a los interesados.

En caso de afluencia masiva de desplazados, se considera que prima la inmediatez en la protección más que la determinación individualizada, tanto en interés de las personas con objeto de cubrir su necesidad más perentoria, como de aquellos Estados que obtienen así un procedimiento más ágil sin riesgo de colapsar las estructuras de asilo.

La protección resulta inmediata y garantiza un estándar de derechos equilibrado, pero al mismo tiempo viene condicionada por su carácter *temporal* –aunque pudiera decirse que precisamente es la temporalidad la cualidad que coadyuva a la creación de las propias obligaciones de acogida inmediata o al logro de un equitativo estándar de derechos.

Al igual que la excepcionalidad del dispositivo previsto por la Directiva proviene de su ámbito de aplicación, es decir, de la afluencia masiva de personas procedentes de terceros países imposibilitadas para el regreso, la temporalidad de la acogida tiene su origen, precisamente, en ese carácter excepcional. La temporalidad se predica de la afluencia masiva, en función de que tal es el objeto de su regulación²⁷.

El sistema de Protección Temporal nace con fecha de caducidad (artículo 4 de la Directiva), 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. La temporalidad se basa en la creencia de que se trata de un exilio que puede encontrar vías de solución a corto plazo; el regreso de los desplazados resulta el término natural del sistema una vez que los esfuerzos internacionales han dado sus frutos y las circunstancias en el país de origen han cambiado lo suficiente como para permitir el retorno de los mismos. 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. Es una estrategia dual que combina un estatuto que permite

27. *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 procedente de terceros países imposibilitadas para el regreso, o la inminencia de tal afluencia, la protección ofrecida deberá ser de duración limitada”.

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 prerrequisito 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). Si las circunstancias en el país de origen que provocaron el flujo masivo no se han erradicado, la Protección 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 EL ESFUERZO EQUITATIVO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS.

El Considerando número veinte 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 procede a una distribución de personas desplazadas entre los Estados miembros, y financiero, por cuanto se basa en el apoyo económico del Fondo Europeo para los Refugiados 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 a la que se refiere el artículo 27 —única disposición del capítulo VII de la Directiva— y que estipula las condiciones

materiales para la mayor efectividad de esa colaboración entre los Estados y con la Comisión como interlocutor institucional²⁸.

El llamamiento del Tratado a la realización de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros (artículo 63.2.b. del TCE), suponía ir más allá de la mera cooperación para llegar a la “solidaridad comunitaria”. En este sentido, su significado se circunscribe a la creación de mecanismos reales 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 la disposición de acogida *ad hoc* que manifiesten los Estados en caso de distribución de los individuos en sus países.

28. Artículo 27 de la Directiva:

“1. Con vistas a la cooperación administrativa necesaria para la aplicación de la protección temporal, los Estados miembros designarán un punto de contacto nacional, cuyos datos se comunicarán entre sí y la Comisión. Los Estados miembros adoptarán, en colaboración con la Comisión, todas las disposiciones oportunas para establecer una cooperación directa y un intercambio de información entre las autoridades competentes.

2. Los Estados miembros transmitirán, periódicamente y cuanto antes, los datos relativos al número de personas acogidas a la protección temporal, así como cualquier información sobre disposiciones legales o administrativas relacionadas con la adopción de la protección temporal”.

CAPÍTULO III
ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA
LOS COLECTIVOS BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL



I. LAS "PERSONAS DIGNAS DE SER ACOGIDAS TEMPORALMENTE". LA AFLUENCIA MASIVA CUALIFICADA.

El artículo 2.a) de la Directiva al describir qué se entiende por Protección Temporal nos da cuenta de quiénes van a ser los beneficiarios de dicha normativa:

"A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) Protección Temporal. 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 (...)"¹

Se utiliza el plural "personas desplazadas", pues el objeto central de este dispositivo es atender a grupos de individuos cuya característica común reside en que se trata de personas que se han visto *forzadas* a abandonar su lugar de origen y lo hacen en conjunto. Las razones de la huida pueden ser diversas pero, en cualquier caso, no se contempla la posibilidad de atender a aquellos que se desplazan por motivos de conveniencia personal (aunque las distinciones a este respecto son más que discutidas), sino que el exilio ha de producirse en contra de la voluntad del colectivo que sufre, así, un peligro tan cualificado como para convertirles en acreedores de la protección internacional.

Los movimientos masivos de población en crisis de emergencia suelen caracterizarse por su naturaleza *mixta*. Como se ha mostrado en anteriores epígrafes, la seguridad de las personas está actualmente amenazada por una complejidad de factores que se entremezclan.

1. La cursiva es de la autora.

De esta forma, en estos grandes desplazamientos podemos encontrar grupos de personas amenazadas por circunstancias muy variadas: personas que huyen a causa de una persecución por los motivos tasados en el Convenio de Ginebra; personas que se enfrentan a graves peligros pero que no traen causa de una persecución individualizada o que son incapaces de probarlos; aquellos que no hacen frente a ningún peligro; o los que no son dignos de protección internacional (por serle aplicables las clásicas cláusulas de exclusión).

No obstante, el dispositivo de Protección Temporal definido en esta Directiva va a ser *selectivo*. Los Estados miembros de la UE han decidido otorgar protección a unos colectivos en concreto y no a todos los que se manifiesten en masa. De este modo, el desplazamiento a gran escala se va a convertir en una condición determinante pero no en el criterio de elección exclusivo. A este último se ha de añadir la asunción de unos *peligros* respecto de los cuales existe un acuerdo unánime sobre la necesidad de ofrecerles respuesta. No se va a otorgar protección a todos los desplazados de forma masiva sino a “determinadas personas desplazadas en forma masiva”, aquellas que se han visto expuestas a determinadas amenazas respecto de las cuales los Estados se han comprometido a través de instrumentos jurídicos nacionales o internacionales a dar protección.

Para conocer qué tipo de desplazamiento masivo es objeto de atención por la norma de Derecho derivado, se ha acudir al artículo 2 c). Según esta disposición, se entenderá por “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 puedan 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 derechos humanos”².

A través de la lectura combinada de los artículos 2 a), c) y d); 3.4; 7 y 28, comprobamos que la Protección Temporal diseñada por la Directiva iría dirigida a:

2. El *Reglamento español sobre régimen de Protección Temporal* se hace eco de esta disposición en su definición de desplazado. Así en el artículo 2: “Se consideran desplazados a los nacionales de un tercer país no miembro de la Unión Europea o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen, o que hayan sido evacuados, en particular: a) las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente; b) las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos”.

1. Potenciales Refugiados: personas desplazadas de terceros países que pudieran ser considerados refugiados según el artículo 1 A 2, de la Convención de Ginebra.

2. Personas desplazadas de terceros países que pudieran caer dentro del ámbito de aplicación de otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional.

3. Casos Particulares: Personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente o que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos³.

4. Grupo Suplementario: Otras categorías de personas desplazadas que provengan del mismo lugar y se hayan desplazado por las mismas razones (artículo 7 de la Directiva).

Todos han de manifestarse en afluencia a gran escala y no ser de aplicación la cláusula de exclusión del artículo 28 (que se analizará en un epígrafe separado).

Así, junto a los peligros clásicos definidos en Ginebra, nos encontramos con los conflictos armados, la violencia permanente y la violación sistemática o generalizada de los derechos humanos. Fruto de la evolución de las relaciones internacionales en este último medio siglo, incorporamos las nuevas causas que están en el origen de los desplazamientos masivos de población: los conflictos de toda índole, en el seno de los cuales se han producido las peores atrocidades desde la Segunda Guerra Mundial. Los llamados por la doctrina: "refugiados de la guerra", "refugiados *ad hoc*", "refugiados de facto", respecto de los cuales aún podemos discutir sobre su calificación como refugiados *stricto sensu*, pero de lo que no cabe la menor duda —y esta Directiva europea, así como la relativa a la Protección Subsidiaria viene a confirmarlo— es de su necesidad de protección.

De esta forma, la Protección Temporal se convierte en una vía para *expandir* las categorías de personas protegidas⁴, y por ende incorpora un nuevo

3. Estos casos particulares es posible considerarlos en los dos grupos de beneficiarios anteriores, sin embargo, la Directiva al referirse a ellos de forma particularizada pretende *primarlos*, de ahí que los incluyamos en una categoría independiente, con objeto de una mayor profundización sobre sus características.

4. Cfr. FITZPATRICK, J. "Temporary Protection of Refugees: elements of a formalized regime", *op. cit.*, p. 292.

Según los profesores Manuel Ángel Castillo y James C. Hathaway esto es así debido al concepto de *temporalidad*. Los Estados se muestran más favorables a tomar en consideración un mayor estándar conceptual cuando se garantiza la acogida por un periodo limitado de tiempo. "Temporary Protection", en *Reconceiving International Refugee Law*. Martinus Nijhoff Publishers (James C. Hathaway, editor), The Hague/Boston/London, 1997, p.4.

El concepto de *temporalidad* se va a convertir en un criterio eje de todo el sistema de Protección Temporal. Nos dará luces para explicar no sólo la expansión conceptual sino también el generoso estándar de tratamiento que ofrece la Directiva a los beneficiarios.

estatuto cualificado de extranjería, el de “persona acogida temporalmente” que resulta una de las más importantes consecuencias del sistema.

El estudio comparado del ámbito de aplicación de los instrumentos jurídicos que sirven de base a la Directiva denota que existía cierto *consenso*, desde los primeros años, sobre los peligros que debían ser objeto de atención normativa. Más allá de la terminología empleada para calificarlos (“persona necesitada de protección internacional”, “persona desplazada”), todos huían de peligros similares –aunque en un principio no se distinguiese claramente entre aquellos que lo hacían de forma individualizada o en masa.

Sin embargo, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que la evolución producida desde los supuestos más restrictivos (personas especialmente vulnerables) hacia categorías más aglutinantes y extensivas haya ido parejo de la propia construcción europea. A mayor índice de integración se observa un compromiso más importante de los Estados miembros respecto a estas personas exiliadas, compárense las iniciativas adoptadas en el marco del Tratado de Maastricht con la actual regulación a través de Directivas que permite la base jurídica consensuada en Amsterdam. Veámoslo más despacio:

El primer instrumento jurídico que se refiere a la Protección Temporal, la *Resolución del Consejo, de 25 de septiembre de 1995, sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas* dedica su apartado primero a la definición de las personas que los Estados miembros están dispuestos a acoger temporalmente⁵. Esta disposición específica que ha de tratarse de personas que han huido de un *conflicto armado o de guerra civil*, en concreto:

–que hayan sido detenidas en campos de prisioneros de guerra o en campos de concentración y que no puedan ser protegidas por otros medios de amenazas contra su integridad física o su vida,

–que estén heridas o que padezcan enfermedades graves y que no puedan recibir *in situ* tratamiento médico,

–que estén o hayan estado expuestas a un peligro inmediato para sus vidas o su integridad física y que no puedan ser protegidas por otros medios en su región de origen,

–que hayan sido víctimas de una agresión sexual siempre que no existan medios de acudir en su ayuda en zonas seguras situadas lo más cerca posible de sus hogares,

–que, procedentes directamente de las zonas de combate, se encuentren en el interior de las fronteras de su país y que no puedan volver a su hogar a causa del conflicto y de violaciones de derechos humanos.

5. Las categorías consideradas por la *Resolución de 1995* traen causa de la Resolución de los Ministros responsables en materia de inmigración adoptada en su reunión de 1 y 2 de junio de 1993 en Copenhague, relativa a determinadas orientaciones comunes sobre la acogida de grupos de personas en peligro particularmente vulnerables originarias de la antigua Yugoslavia.

Nótese que pueden ser beneficiarios de la acogida tanto los refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra como los que no quedan bajo su cobijo. Desde el principio, se concibe el dispositivo como un instrumento flexible con objeto de otorgar protección a ambas categorías. El problema es que sólo se toman en consideración un pequeño número de causas como posibles presupuestos de hecho de la activación de la Resolución; al introducir un listado de ejemplos reduce, necesariamente, el campo de aplicación⁶. Eso sí, todos nos conducen a las situaciones de conflicto armado y violación de derechos fundamentales, en lo que coincide con la normativa vigente.

No obstante, en atención al tenor literal del precepto, no sólo cubriría situaciones de *mass influx*, sino también la acogida de personas individualmente admitidas por razones humanitarias⁷. Durante algún tiempo se pensó que la protección temporal podría servir de puente entre las interpretaciones más restrictivas de la Convención de Ginebra y la necesidad de protección de los refugiados *de facto*⁸, lo que explicaría estas primeras aproximaciones normativas. Aunque son los casos de flujo masivo los que están en la base de la adopción de la norma, la ausencia de disposición expresa al efecto nos permite la inclusión de estos supuestos individualizados.

Finalmente, esta Resolución no se aplicó y, *a posteriori*, se abandona esta lista de supuestos concretos para concentrarlos en categorías más comprensivas o integradoras: primero bajo la categoría de "persona necesitada de protección internacional" y luego, bajo la de "persona desplazada", que es la que se ha adoptado finalmente.

Así, ya en la *Propuesta de Acción Común* de 1997 se contemplaban los dos supuestos analizados, esto es, personas que hayan huido de zonas de conflicto armado y de violencia permanente y aquellos que han estado o estén en peligro de sufrir una violación sistemática o generalizada de derechos humanos.

Sin embargo, es en este último donde encontramos una diferencia sustancial. El Artículo 1 b) definía las "personas necesitadas de protección internacional", del siguiente modo:

"(...) cualesquiera nacionales de un tercer país o personas apátridas que hayan abandonado su país de residencia y cuyo retorno seguro en condiciones humanas sea imposible debido a la situación existente en ese país y, en particular:

- las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado y de violencia permanente.

6. KERBER, K. "Temporary Protection: An Assessment of the Harmonisation Policies of European Union Member States", en *IJRL*, vol. 9, nº 3, 1997, p. 458.

7. *Ibidem*, p. 457.

8. Comentario del Profesor Melander. RAOUL WALLENGER INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW, Report nº 22, (Malmström, S.; Noll, G. rapporteurs), *Temporary Protection-problems and prospects*, Report nº 22. Lund, 9 mayo 1996, p. 8.

- las personas que hayan estado o estén en peligro grave de estar expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos, incluidas aquellas que pertenezcan a grupos obligados a abandonar sus hogares como consecuencia de campañas de persecución étnica o religiosa.
- las personas que se supone necesitan protección internacional por otros motivos inherentes a su situación personal⁹.

Como puede comprobarse, se especificaban –en particular– las campañas de persecución étnica o religiosa, las cuales, luego van a desaparecer en la *Propuesta de Directiva del Consejo de 2000*¹⁰, y en el texto vigente.

Además, incorporaban una fórmula abierta al final, que pretendía subrayar que dichos supuestos no eran *numerus clausus*. Esa posibilidad desaparece en la *Propuesta de Acción Común modificada* de 1998, pues se consideraba tautológico al no contemplar ninguna situación particular. Los supuestos que pudieran caer dentro de su ámbito de aplicación podrían tenerse en cuenta en todo caso, pues los dos primeros guiones son definiciones no exhaustivas (este es el significado de “en particular”)¹¹.

9. *Propuesta de Acción Común de 1997*, Artículo 1 b).

Los ejemplos ilustrativos son prácticamente idénticos a los que propone ACNUR en 1994: *Note on International Protection*, A/AC.96/830, 7 de septiembre de 1994, para. 47:

“The definition of beneficiaries on the basis of the need for international protection. With respect to refugees fleeing the conflict and human rights abuses in the Former Yugoslavia, temporary protection was recommended for:

- persons who had fled from areas affected by conflict and violence;
- persons who had been or would be exposed to human rights abuses, including those belonging to groups compelled to leave their homes by campaigns of ethnic or religious persecution; and
- persons who for other reasons specific to their personal situation are presumed to be in need of protection”.

La Oficina continúa reconociendo que, en la práctica, los beneficiarios de la protección temporal, tal y como son descritos, vienen a coincidir con aquellos protegidos por instrumentos jurídicos regionales como la Convención africana o la Declaración de Cartagena o aquellos refugiados protegidos con asilo en base temporal en otras regiones. También ACNUR abogaba por incluir entre los beneficiarios a ambas figuras: refugiados y no refugiados.

10. *Propuesta de Directiva de 2000*, Artículo 2 c). En los comentarios a los artículos no se dedica ninguna reflexión a la exclusión del texto de las campañas de persecución étnica o religiosa.

11. La *Propuesta Modificada de Acción Común de 1998* explica así su supresión en los comentarios al artículo 2 b). Por lo demás, sólo añade algunas precisiones terminológicas:

Artículo 2 b):

“persona necesitada de protección internacional: un nacional de un tercer país o un apátrida que haya abandonado su país de residencia y cuyo retorno en condiciones dignas y humanas sea imposible debido a la situación existente en ese país, en particular:

- una persona que haya huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente.
- una persona que haya estado o esté en peligro grave de estar expuesta a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos, en particular, cuando pertenezca a grupos obligados a abandonar su lugar de origen como consecuencia de campañas de persecución étnica o religiosa”.

La expresión “personas necesitadas de protección internacional” se entiende que puede cubrir tanto a posibles refugiados como a personas que no encajen en los parámetros de Ginebra pero, en comparación con la normativa de 1995, esta Propuesta –al utilizar este concepto aglutinante–, supone una extensión en el ámbito de aplicación. En caso de conflicto armado, todas las personas sin distinción son beneficiarias y no sólo los grupos vulnerables.

Ya en la *Propuesta de Directiva* de 2000, se abandona la fórmula “persona necesitada de protección internacional” para adoptar la de “persona desplazada”. El Tratado de Amsterdam había entrado en vigor y, en consecuencia, la redacción final había de acomodarse, necesariamente, a aquella adoptada por el Tratado (en su artículo 63.2, base jurídica de la Directiva, se hace referencia a la necesidad de adoptar «medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas»).

El concepto de “persona desplazada” incluiría al resto de los estatutos que forman parte del *sistema europeo común de asilo*: solicitantes de asilo o “personas con derecho a protección subsidiaria” y, en general, aquellos que haya de violaciones sistemáticas o generalizadas de derechos humanos. (art. 2c. iii de la Directiva)¹², con la salvedad de que han de manifestarse en afluencia a gran escala. En definitiva, se pretende acoger a los mismos colectivos que venimos apuntado, y que han venido a incorporarse al texto definitivo (artículo 2 c).

Al referirse a estos colectivos de manera expresa, consideramos que es en ellos en los que se está pensando de manera *prioritaria*; se excluyen, por tanto, *otros motivos* que pudieran dar lugar a una afluencia masiva y que, en consecuencia, quedan a merced de otras iniciativas internacionales y naciona-

12. En los Comentarios a los artículos de la *Propuesta de Directiva* de 2000, se explica que el concepto de “personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen” comprende a los nacionales de terceros países o apátridas que se han visto obligados a abandonar su país y cuyo regreso resulta imposible por diversas razones de las que se ofrecen ejemplos. Estas personas pueden eventualmente ser refugiados o personas que podrían caer en el ámbito de protección subsidiaria (artículo 2 c. p. 15).

En función de la *Directiva sobre Refugiados y Protección Subsidiaria*, “persona con derecho a protección subsidiaria” se define como el “nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en caso de apatridia, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los *daños graves* definidos en el artículo 15, y al que no se aplican los apartados 1 y 2 del artículo 17, y no pueden o, a causa de dicho riesgo no quiere acogerse a la protección de tal país” (artículo 2. e. La cursiva es de la autora). Recuérdese que el artículo 15 se refiere a sufrir condena a la pena de muerte o su ejecución; tortura o la pena o trato inhumano o degradante; y amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física motivadas por la violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.

Véase como ha desaparecido del texto finalmente adoptado, el antiguo apartado b) del art. 15 de la Propuesta, relativo a la “violación de un derecho humano, suficientemente grave para generar las obligaciones internacionales de un Estado miembro”. *DOCE* nº C, 051E de 26/02/2002, pp. 0325-0334.

Con este cambio, el ámbito de aplicación se vuelve más restrictivo.

les de protección –la miseria puede llegar a ser tan atentatoria para la supervivencia y dignidad humana como las agresiones contempladas.

Así, por ejemplo, los llamados *environmental refugees*, personas desplazadas como consecuencia de la degradación medioambiental, y que –según los estudios más recientes– parecen convertirse en la causa más importante del origen de los desplazamientos de población, no serían potenciales acreedores de una acogida temporal, de estas características. No se ha logrado el suficiente consenso en las más altas instancias europeas, a pesar de la sintonía al respecto manifestada no sólo en la doctrina o en el seno de algunas Organizaciones no gubernamentales sino también en algunas instituciones comunitarias¹³.

En nuestra opinión, la problemática de los desplazamientos motivados por causas medioambientales resulta un fenómeno difícil de aprehender debido a sus diversas dimensiones, de ahí que partiendo de la complejidad de las causas que provocan estos flujos no quepa más que utilizar una perspectiva sistemática para hacerles frente (la ampliación del concepto de refugiado no nos parece adecuada, con independencia de que el término no estaba pensado a ampliarse sin límites tampoco supondría una solución definitiva respecto a este tipo de desplazamiento). Entre las propuestas de *lege ferenda* que hemos barajado en otra ocasión, los dispositivos de protección temporal consideramos que podrían ser de aplicación en casos excepcionales¹⁴.

Sin embargo, el concepto de persona desplazada acreedora de la acogida temporal, en función de la Directiva, no llega tan lejos –y ello a pesar de que alguna normativa interna europea sobre acogida temporal, la sueca en concreto, incluyó los desastres ambientales como motivo de protección de personas

13. Así, el Comité Económico y Social no dejó de llamar la atención sobre esta cuestión: “El CES observa y comprende que la Directiva que se examina limite su ámbito de aplicación a las personas desplazadas como consecuencia de situaciones políticas, pero sugiere la conveniencia de una directiva que prevea mecanismos de protección y acogida temporal también para las personas desplazadas como consecuencia de *desastres naturales*”. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva del Consejo*, para. 2.3 (la cursiva es de la autora).

Entre las ONGs que se han mostrado a favor de la inclusión: JUSTICE. *Comments on Proposal for a Council Directive on minimum standards for temporary protection in the event of a mass influx on measures promoting a balance of efforts between Members State in receiving such persons*, p. 2.

En el ámbito doctrinal, la profesora Fitzpatrick, tras un análisis comparado de los modelos representativos de protección temporal y dentro de su propuesta de un *formalized regime* sobre la institución, incluye entre los beneficiarios a: “persons fleeing severe natural disasters that deprive them of access to physical safety within sate of origin”. Aunque reconoce que resulta la opción más polémica por ser la que más se aleja de los parámetros del Derecho de los refugiados. FITZPATRICK, J. “Temporary Protection of Refugees: Elements of a formalized regime”, *op. cit.*, p. 294.

14. Permítasenos citar: ARENAS HIDALGO, N. “El Fenómeno de los llamados “Refugiados Medioambientales”: ¿un nuevo desafío para el Derecho Internacional de los Refugiados?”, en (Fernández Sánchez, P.A. editor), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, *op. cit.*, pp. 261-275. En un estudio más pormenorizado: ARENAS HIDALGO, N. “La Degradación medioambiental y los desplazamientos de población”, en *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, nº 170, marzo 2002, Coimbra (Portugal).

desplazadas¹⁵. Se pretende, por tanto, primar esos peligros concretos que tienen que ver con los conflictos armados y violaciones de derechos humanos pero no se trata de una fórmula de *causas tasadas*. Esto quiere decir –como explicábamos anteriormente–, que no es exhaustiva, por lo que en función de la evolución del consenso en el seno de la UE, el Consejo podría incluir otros supuestos aparte de los expresamente mencionados.

II. BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL: EL CONCEPTO DE “PERSONA DESPLAZADA” EN LA DIRECTIVA EUROPEA.

1. POTENCIALES REFUGIADOS: PERSONAS DESPLAZADAS DE TERCEROS PAÍSES QUE PUDIERAN SER CONSIDERADAS REFUGIADOS SEGÚN EL ARTÍCULO 1 A 2 DE LA CONVENCIÓN DE GINEBRA.

Como consecuencia del carácter mixto de las afluencias en masa, dentro del colectivo de personas que se han visto obligadas a desplazarse podemos encontrar sujetos forzados a la huida a causa de una persecución individualizada en razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Estos potenciales refugiados, al verse inmersos en las particularidades de un éxodo masivo, se van a considerar entre los beneficiarios del sistema de Protección Temporal.

En el artículo 2 e), se precisa qué se entiende por refugiado:

15. *Aliens Act*, Capítulo 2, sección 4^o. Government Bill 1993/1994: “seekers fleeing war, internal conflict or other serious disturbances in public order, as well as, environmental or ecological catastrophes”: *Apud.* DACYL. «Protection Seekers from Bosnia and Herzegovina and the Shaping of the Swedish Model of Time-Limited Protection», en *IJRL*, vol. 11, nº 1, 1999, p. 164.

Con independencia del modelo sueco, lo cierto es que Europa, en términos generales, ha rechazado la utilización de la institución de la protección temporal en casos de desplazamiento medioambiental. Es de destacar la explicación al respecto vertida en el *Workshop on Temporary Protection: comparative policies and practices*, celebrado los días 5 y 6 de marzo de 1999, organizado por el Instituto para el estudio de la Migración internacional de la Georgetown University y el German Marshall Fund, y que reunía a delegados gubernamentales, ACNUR, OIM, Organizaciones internacionales, ONGs e investigadores. Como respuesta a la intervención del delegado americano sobre cómo ellos extienden la protección temporal también a los colectivos que huyen de desastres ambientales, los participantes europeos, sorprendidos, rechazaron este modelo de acogida alegando que la incapacidad de un Estado para socorrer a sus ciudadanos requiere *asistencia internacional*, mientras que la negativa de un Estado a ayudar a su pueblo requiere *protección internacional*. Aquí se halla la diferencia substancial, según algunos participantes. YAKOOB, N. «Report on the Workshop on Temporary Protection: comparative policies and practices», *op. cit.*, p. 621.

En cualquier caso, tal situación de emergencia estaría cubierta por el artículo 64.2 del TCE:

“En el caso de que uno o más Estados miembros se enfrenten a una situación de emergencia caracterizada por la llegada repentina de nacionales de terceros países, y sin perjuicio del apartado 1, el Consejo podrá adoptar, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, medidas provisionales por un período máximo de seis meses en beneficio de los Estados miembros afectados”.

“los nacionales de terceros países o apátridas a tenor del artículo 1 A de la Convención de Ginebra”.

Hay una remisión al Tratado internacional por antonomasia del DIR que, en todo caso, a nivel europeo, ha de ser analizado, en lo que se refiere al concepto de refugiado, a la luz de los instrumentos que al objeto de su interpretación se hayan adoptado en cada momento en el seno de la UE¹⁶.

Como solicitantes de asilo, no dejan de ser acreedores del estándar básico de derechos reconocidos a estos colectivos, si bien algunos de ellos, se verán modulados —piénsese en la concepción temporal de la acogida o la suspensión de la determinación del estatuto de refugiado—. En el décimo considerando, el legislador europeo manifiesta su deseo de que la protección temporal sea compatible con las obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de derechos de los refugiados (*v.gr.*, el principio de *non refoulement*) y, en particular, que no prejuzgue el reconocimiento del estatuto de refugiado de conformidad con el Convenio de 1951, que es de obligado cumplimiento para todos ellos.

Ya en el dispositivo, el artículo 3 sentencia:

“1. La protección temporal se entenderá sin perjuicio del reconocimiento del estatuto de refugiado de conformidad con la Convención de Ginebra.

2. Los Estados miembros aplicarán la protección temporal respetando debidamente los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo con sus obligaciones en materia de no devolución (...)”.

El que la Protección Temporal pudiera resultar una forma de escapar (eludir o exceptuar) a los compromisos de Ginebra o, sin llegar tan lejos, servir de instrumento devaluador de las exigencias de ésta, fue una preocupación que estuvo latente en todas las fases de la negociación; no fue otra la causa del celo mostrado por las organizaciones y la doctrina que la siguieron de cerca. No es de extrañar, por tanto, el denodado esfuerzo por demostrar que los objetivos comunitarios iban por otros derroteros.

Se trata, en consecuencia, de asegurar que estos colectivos obtengan una protección inmediata a través de este dispositivo excepcional para, *a posteriori*, proceder a la determinación de su estatuto de refugiado; procedimiento que, en condiciones normales, hubiera retrasado enormemente la resolución

16. Nos referimos a la *Posición Común relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada por el Consejo el 23 de noviembre de 1995 y que había de ser tenida en cuenta por los responsables de las Administraciones de cada Estado para la aplicación armonizada de la condición de refugiado.

Más recientemente, en el marco de las competencias otorgadas por el Tratado de Amsterdam, tenemos la *Directiva sobre Refugiados y Protección Subsidiaria* a través de la cual es de esperar que las diferencias de apreciación entre los Estados miembros en aspectos sustantivos desaparezcan.

del mismo, condicionando la garantía de su seguridad. Profundizaremos en un apartado posterior sobre estas materias (Capítulo Cuarto).

2. PERSONAS DESPLAZADAS DE TERCEROS PAÍSES PROTEGIDAS POR OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES O NACIONALES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.

A la hora de otorgar Protección Temporal, la Directiva no se limita a las categorías tradicionales de refugiado; a través del artículo 2 c), la Europa comunitaria se hace eco –por primera vez a través de una norma de Derecho derivado– de una realidad, la de los llamados “refugiados de facto”, “refugiados *ad hoc*”, que había sido objeto de protección a nivel internacional, con las sucesivas ampliaciones del mandato de ACNUR; a nivel regional con el Convenio de la OUA sobre los refugiados de 1969 o la Declaración de Cartagena de 1984, y que en Europa tan sólo había encontrado base jurídica en las diferentes iniciativas nacionales que parecían imposibles de armonizar.

A diferencia del Tratado de Addis Abeba y la Declaración de Cartagena que consideraban a estos desplazados como refugiados, la Directiva de Protección Temporal no pretende asimilar ambos conceptos sino que los primeros aparecerían como una figura jurídica distinta, ambas subsumibles en la más vaga de “persona desplazada”.

Tienen en común su necesidad de protección inmediata, aunque con carácter temporal, siempre que se manifiesten en afluencia masiva y el Consejo determine que su regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible. Hasta aquí ha llegado el consenso a nivel comunitario.

Al incluir otros instrumentos jurídicos internacionales, se trata de cubrir todos los casos de personas que quedan fuera de la definición de refugiado según la Convención de Ginebra pero que, no obstante, no pueden ser devueltas al país del que provienen por peligro para su vida o su libertad o por temor a sufrir tortura u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.

Especialmente han de tenerse en cuenta las obligaciones internacionales derivadas del artículo 3 del CEDH¹⁷, del artículo 7 del PIDCP¹⁸ y del artículo 3 de la Convención contra la Tortura¹⁹.

17. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entrada en vigor general el 3 de septiembre de 1953. El texto enmendado por los Protocolos Adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979 (BOE de 10 de octubre de 1979). El texto enmendado por el Protocolo Adicional número 11 (de 11 de mayo de 1994) entró en vigor con carácter general y para España el 1 de noviembre de 1998 (BOE de 26 de junio de 1998; corrección de errores en BOE de 17 de septiembre de 1998).

El artículo 3 del CEDH contiene una prohibición absoluta de la tortura y los tratos o castigos inhumanos o degradantes. El artículo 15.2 del CEDH incluye al artículo 3 entre los que no admiten derogación en ninguna circunstancia.

Sobre los otros instrumentos nacionales de protección internacional, nos remitimos a lo ya analizado *supra*. Sólo resta añadir que una vez conseguida la armonización en este ámbito de materias —con la adopción de la *Directiva sobre Protección Subsidiaria*—, la referencia a los sistemas nacionales dejará de tener sentido o, más bien, lo tendrá de una forma muy parcial.

Sobre la jurisprudencia del TEDH en este sentido puede consultarse: *Cruz Varas y Otros contra Suecia*, 20 de marzo de 1991 (Appl. nº 15576/89). *Vilvarajah y Otros contra el Reino Unido*, 30 de octubre de 1991 (Appl. nºs: 13163/87; 13164/87; 13447/87; 13448/87). *Chahal contra el Reino Unido*, 15 de noviembre de 1996 (Appl. nº. 22414/93). *Abmed contra Austria*, 17 de diciembre de 1996 (Appl. nº. 25964/94). *Jabart contra Turquía*, 11 de julio de 2001 (Appl. nº. 40035/98). *Hilal contra el Reino Unido*, 6 de marzo de 2001 (Appl. nº. 45276/99).

En cuanto a los casos declarados admisibles recientemente: *Sejdovic y Sulejmanovic contra Italia*, Decisión de 14 de marzo de 2002 (Appl. nº. 57575/00). *Sulejmanovic y Sultanovic contra Italia*, Decisión de 14 de marzo de 2002 (Appl. nº. 57574/00). *Tbampibillai contra Países Bajos*, decisión de 9 de julio de 2002 (Appl. nº. 61350/00). *Venkadajalasarma contra Países Bajos*, Decisión de 9 de julio de 2002 (Appl. nº 58510/00). *Khashiyev y Akayeva contra Federación Rusia*, Decisión de 19 de diciembre de 2002 (Appl. nºs. 57942/00 y 57945/00).

El Alto Comisionado acaba de publicar el *UNHCR Manual on Refugee Protection and the European Convention on Human Rights*, Regional Bureau for Europe Department of International Protection, abril de 2003, de especial relevancia a estos efectos.

18. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor con carácter general el 23 de marzo de 1976, para España el 27 de julio de 1977 (*BOE* de 30 de abril de 1977). Su artículo 7 dispone: «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

El *Protocolo Facultativo* de dicho PIDCP, el cual establece un sistema cuasi-contencioso de control a través —principalmente— del examen de comunicaciones individuales por el Comité de Derechos Humanos (véase artículo 1 del Protocolo Facultativo del PIDCP), entró en vigor con carácter general junto al PIDCP (el 23 de marzo de 1976) y para España el 25 de abril de 1985 (*BOE* de 2 de abril de 1985; corrección de errores en *BOE* de 4 de mayo de 1985).

19. *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, de 10 de diciembre de 1984. Entró en vigor con carácter general el 26 de junio de 1987, para España el 20 de noviembre de 1987 (*BOE* de 9 de noviembre de 1987). El artículo 3 de la Convención contra la Tortura establece:

“Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

En el caso de la Convención contra la Tortura de 1984, los Estados pueden aceptar o reservar la posibilidad de que el Comité contra la Tortura (CAT) investigue reclamaciones individuales (artículo 22 de la Convención). España ha aceptado la competencia del CAT para estudiar las comunicaciones individuales a través de la siguiente Declaración al artículo 22, 1:

“España declara en virtud del artículo 22, párrafo de la Convención, reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a la jurisdicción española, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por parte del Estado español de las disposiciones de la presente Convención, tales comunicaciones deberán ajustarse a lo establecido en el mencionado artículo y, en particular, en su párrafo 5” (*BOE* de 9 de noviembre de 1987).

3. CASOS PARTICULARES.

A. PERSONAS QUE HAYAN HUIDO DE ZONAS DE CONFLICTO ARMADO O DE VIOLENCIA PERMANENTE.

“Broadly speaking, the causes for the forced migration of recent years have been exactly the same as those of the war, and prevention of the recurrence of large refugee movement, therefore, means no more less than prevention of war”²⁰.

Esta afirmación expresada en los Cursos de la Academia de Derecho Internacional de la Haya de 1949, no sólo no ha perdido vigencia sino que se ha reforzado, si cabe, con mayor contundencia.

El artículo 2 c) i. de la Directiva nos remite a lo que se ha venido a llamar por la doctrina “refugiados de la guerra”. Efectivamente, la mayoría de las personas envueltas en desplazamientos masivos en las últimas décadas, lo hacían huyendo de las consecuencias de los conflictos armados, más que de una persecución individualizada por alguno de los motivos de Ginebra. La Directiva no niega que alguna de las personas forzadas a abandonar su lugar de residencia habitual por causa de conflictos armados o violencia permanente pueda llegar a ser refugiado, lo que pretende es responder al llamamiento de protección ofreciendo un amparo “inmediato y temporal”.

Se hace referencia a los “conflictos armados” —expresión que incluiría tanto a los internacionales como a los que no tienen tal carácter— y a la “violencia permanente”.

En un análisis comparativo entre los términos utilizados en África y Cartagena, se hallan, de nuevo, diferencias de expresión, en este caso, debidas a factores históricos. En la fecha de adopción del tratado africano, se hacía necesario resaltar los efectos que la colonización estaba provocando en estos países, de ahí la incorporación de fenómenos tales como “agresión extranjera, una ocupación o dominación extranjera” (artículo 1.2 del Convenio). En Cartagena, en un contexto histórico diferente, se emplea “agresión extranjera y conflictos internos”, precisamente los que en mayor medida azotaban la vida política de Centroamérica, en los años ochenta.

Por lo que respecta a la violencia permanente, subrayar que se utiliza el adjetivo “permanente”, cuando lo habitual por contraste con Cartagena, era violencia “generalizada”. Parece referirse más a la duración de la misma que a la extensión que ésta pudiera tener. Si es así, quizás de cara a la obtención de protección sea más positivo atender al tiempo que a la extensión, pues ello pudiera dar lugar a la alternativa de huida interna. En todo caso, parece excluir supuestos de violencia esporádica.

Igualmente, a diferencia de esta último, resulta positivo que la Directiva no exija que la vida, la seguridad o la libertad de estas personas se vea amena-

20. BALOGH, E. «World Peace and the Refugee Problem», *RCADI*, vol. 75-II, 1949, p. 466.

zada por esos conflictos armados o violencia permanente, sino simplemente que *hayan huido*, que se vean obligados a abandonar su lugar de residencia habitual debido a este tipo de conflictos.

La Declaración de Cartagena, en cambio, se expresaba en esos términos más restrictivos²¹. Todo ello fruto del diferente planteamiento de partida en cuanto al procedimiento de determinación. En la Directiva de Protección Temporal se opta por una determinación grupal *prima facie*, mientras que los instrumentos jurídicos regionales de protección al refugiado, siguiendo a Ginebra, parten de una determinación individual, un modelo basado en la comprobación de unos factores objetivos y subjetivos (pensemos en la comprobación del temor bien fundado).

La Directiva, en definitiva, abandona la idea central de existencia de un peligro concreto de persecución para objetivar la causa de la huida y por tanto la necesidad de protección internacional. En este caso, constatado que tales personas proceden de la zona afectada por el conflicto, éste resulta criterio suficiente para hallarse entre los potenciales acogidos en los Estados miembros. En teoría, no se exige que sean objetivo concreto de las fuerzas o bandos beligerantes o cualesquiera otras formas de vinculación directa con la causa del exilio sino, de forma más abstracta, que puedan verse afectados por el conflicto.

Con esta disposición se amplía el colectivo de personas potencialmente merecedoras de protección internacional a través del cambio de perspectiva en la interpretación del hecho que las hace merecedoras de la protección internacional.

B. PERSONAS QUE HAYAN ESTADO O ESTÉN EN PELIGRO GRAVE DE VERSE EXPUESTAS A UNA VIOLACIÓN SISTEMÁTICA O GENERALIZADA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La Directiva utiliza el término “violación sistemática o generalizada de derechos humanos” —que difiere de la Declaración de Cartagena, la cual en su Conclusión Tercera se servía de la expresión “violación masiva de los derechos humanos”—, a través del cual se hace eco de la evolución normativa que,

21. Recuérdese la Conclusión Tercera:

“Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (Artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De esta modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países *porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas* por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado el orden público”. (la cursiva es de la autora).

en este sentido, se ha producido en los últimos años, especialmente tras la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional²².

Efectivamente, si analizamos el artículo 7 del Estatuto, dedicado a describir los Crímenes de Lesa Humanidad, descubrimos que utiliza los mismos requisitos:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con consentimiento de dicho ataque (...)”.

Es evidente que, de cara a otorgar Protección Temporal, se van a valorar las más graves violaciones de derechos humanos.

Igualmente, la violación puede ser sistemática o generalizada; la utilización de la disyuntiva parece no requerir ambos adjetivos a un tiempo.

En ese caso, aquellas violaciones de derechos fundamentales que no se consideren producidas con estas características no requerirá la acción del Consejo. De hecho, como ya ha sido puesto de manifiesto anteriormente, fue eliminado, finalmente, el apartado dedicado a las campañas de persecución étnica o religiosa que aparecía en la *Propuesta de Acción Común* de 1997 y en la modificada de 1998²³.

Con la redacción actual, si este tipo de violación de derechos fundamentales no están revestidos de los requisitos de sistematicidad o generalidad, no se consideran en el origen del éxodo objeto de atención por la Directiva, aunque parece difícil imaginar que una violación de derechos fundamentales no se haya producido en esas circunstancias en tanto en cuanto ha provocado ese desplazamiento en masa. Los flujos masivos son, precisamente, síntomas evidentes del carácter grave de una violación de los derechos humanos²⁴.

Lo que sí nos parece positivo es la redacción en términos de *amenaza*. Basta que las personas se hayan visto en peligro *grave* de verse expuestos a sufrir una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos para

22. El *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, fue aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, celebrada en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. La ratificación por España ha sido autorizada por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, BOE, nº 239, de 5 de octubre de 2000.

23. Véase *supra* la introducción al apartado de beneficiarios. En concreto, el artículo 2 b) decía así:

“una persona que haya estado o esté en peligro grave de estar expuesta a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos, *en particular, cuando pertenezca a grupos obligados a abandonar su lugar de origen como consecuencia de campañas de persecución étnica o religiosa*”. *Propuesta Modificada de Acción Común de 1998*. La cursiva es de la autora.

24. PERAL FERNÁNDEZ, L. «Desplazamiento masivo de población: marco internacional y comunitario de protección y asistencia», *mimeografía*.

ser beneficiarios de la protección temporal, ni siquiera se exige que la amenaza sea actual. Haber requerido la violación consumada hubiera resultado desproporcionado.

4. GRUPO SUPLEMENTARIO: OTRAS CATEGORÍAS DE PERSONAS DESPLAZADAS QUE PROVENGAN DEL MISMO LUGAR Y SE HAYAN DESPLAZADO POR LAS MISMAS RAZONES.

Por último, la Directiva, como instrumento de mínimos, permite a los Estados la posibilidad de beneficiar a otras categorías de personas desplazadas, además de las cubiertas por la decisión del Consejo.

Este procedimiento se inicia a instancia de parte, esto es, del Estado miembro interesado que tendrá la posibilidad de otorgar Protección Temporal a otras personas siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la Directiva, estos son:

–de fondo: que se hayan desplazado por las mismas razones y provengan del mismo lugar; y

–de procedimiento: ha de informar al Consejo y a la Comisión.

Pueden ser personas que han llegado antes de la entrada en vigor de la Directiva y que quedarían excluidas en virtud del artículo 3.4, o individuos que han aparecido de una forma espontánea y el Estado quiera beneficiarlos²⁵.

En estos casos, no parece exigirse la llegada en afluencia masiva, lo que confirma nuestra afirmación inicial, sobre cómo la afluencia a gran escala se considera un criterio determinante pero no el parámetro exclusivo de elección; un presupuesto necesario, aunque no el criterio definitivo o suficiente. Se quiere primar el hecho de que se hayan producido esos acontecimientos (persecución; conflicto armado o violencia generalizada; violación de derechos humanos), más que las características de su desplazamiento.

Pero en ese caso, nos surgen dudas acerca de la compatibilidad de esta medida con las obligaciones de los Estados respecto al Convenio de Ginebra y las que tendrán respecto a la protección subsidiaria. Veámoslo más despacio:

Si han de ser personas que se hayan desplazado del mismo lugar y por las mismas razones, podemos encontrarnos con la posibilidad de que se trate de un “potencial refugiado” esto es, una persona que pudiera formar parte del ámbito de aplicación de la Convención de 1951 y que, por tanto, quedaría a cubierto del Convenio. Si se manifiesta en afluencia masiva, en aras de su pronta protección se procede a aplicar el sistema de Protección Temporal, pero si esa afluencia masiva no se ha producido sino que, resulta de una aparición espontánea cabe cuestionar por qué motivo, en ese caso, el Estado miembro no procede a aplicar el sistema de determinación individual que sería el que le correspondería.

25. Se toman los ejemplos de la *Propuesta de Directiva* de 2000.

Por la misma razón y a mayor abundamiento, si estas personas no pudieran satisfacer los requisitos del Convenio ginebrino, ni han llegado a nuestras fronteras en un gran número, pero son potenciales beneficiarios de la protección internacional, pudieran cumplir con los requisitos para ser beneficiarios de la protección subsidiaria,

Resulta, pues, discutible la aplicación del dispositivo de Protección Temporal en estos casos —motivo por el cual el Parlamento Europeo recomendó su supresión²⁶—; en consecuencia, sería aconsejable que los Estados definieran en qué medida van a utilizar este artículo 7²⁷.

Con objeto de ilustrar sobre la posible interpretación que pudieran hacer los Estados del contenido de dicha disposición, puede resultar interesante hacer referencia —en el marco de la actuación española— a la Proposición no de Ley presentada por algunos Grupos Parlamentarios con motivo de la posible incoación del procedimiento de Protección Temporal para ciudadanos iraquíes, una vez se habían producido los primeros ataques armados en dicho territorio.

Tanto la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y Catalán (Convergència i Unió), como la adoptada por los Grupos Parlamentarios Socialista, Federal de Izquierda Unida, Mixto, de Coali-

26. El Parlamento Europeo, en su Informe de 28 de febrero de 2001, recomendaba la supresión del Considerando número 15 de la *Propuesta de Directiva* de 2000, alegando como justificación, precisamente, que no quedaba claro a qué categorías suplementarias de personas se refería la decisión del Consejo (Enmienda número 1). Sin embargo, aunque se terminara eliminando dicho Considerando del texto definitivo, no sucedería así con el artículo 7, que permanece y respecto del cual el Parlamento Europeo se limitaría a recomendar una redacción diferente con miras a garantizar que a estas categorías se les va a aplicar el mismo estándar de derechos y durante el mismo tiempo que aquellos cubiertos por la decisión del Consejo. PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, p. 12.

27. Amnistía Internacional ha mostrado su preocupación sobre la posibilidad de utilización de esta disposición en menoscabo de los derechos de los refugiados. *Vid. Reponse to the European Commission's proposal for a Council Directive on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measure promoting a balance of efforts between Member State in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, p. 5.

En el mismo sentido: van SELM, J. «Temporarily Protecting Displaced Persons or Offering the possibility to star a new life in the European Union», en *EJML*, nº 3, 2001, pp. 33.

La profesora considera que en la medida en que la Protección Temporal no resulta un medio alternativo a la Convención de los refugiados o al estatuto de Protección Subsidiaria, la posibilidad del artículo 7 sólo podría extenderse a: "those persons from a mass influx/exodus situation in which a Council decision has been taken who have not been covered by a capacity agreement, or those fleeing a situation which is not affecting all States to the same extent, and that is the only reason for which no Council decision to implement this mechanism has been taken".

Desafortunadamente, pocas luces puede arrojar la normativa de transposición de los Estados si, como la española, se limita a recoger el literal del artículo 7. Así, según el artículo 11.2 del *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal*: "El Ministro del Interior podrá extender el disfrute del régimen de protección temporal a otras personas desplazadas por las mismas razones y que procedan del mismo país o región de origen que las cubiertas por la declaración general de protección de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior".

ción Canaria y Vasco (EAJ-PNV), hacen referencia en uno de sus apartados al citado artículo 7 de la Directiva en los siguientes términos:

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno: (...)”

3. A que, de conformidad con lo que dispone el artículo 7 de la Directiva 2001/55, ponga en funcionamiento de forma inmediata un programa de protección temporal dirigido a ciudadanos iraquíes que actualmente se encuentren en territorio español y hayan tenido que abandonar su país en los últimos meses, con independencia de cuál sea su situación administrativa en España.

Especialmente urgente resulta poner en marcha este programa de protección temporal respecto a los ciudadanos iraquíes que carezcan de autorización de estancia o de residencia en España, que actualmente se encuentran en la Ciudad Autónoma de Ceuta (...)”²⁸.

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno: (...)”

Quinto.—A que, conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Directiva 2001/55, ponga en marcha de forma inmediata un programa de protección temporal dirigido a ciudadanos iraquíes que actualmente se encuentren en territorio español y hayan tenido que abandonar su país en los últimos meses a consecuencia de la actual crisis, ya tengan éstos consideración legal de solicitantes de asilo inadmitidos a trámite, solicitantes de asilo denegados, inmigrantes irregulares, o inmigrantes en situación de vulnerabilidad social. Especialmente urgente resulta poner en marcha este programa de protección temporal respecto a los ciudadanos iraquíes sin autorización de estancia o residencia en España que actualmente se encuentran en la Ciudad Autónoma de Ceuta”²⁹.

Estos preceptos podrían arrojar alguna luz respecto a nuestra duda inicial en la medida en que parecen interpretar el artículo 7 como fórmula de salvaguarda para aquellos ciudadanos que proviniendo del mismo foco del conflicto pudieran hallarse en una situación de precariedad legal, por el mero hecho de haberse desplazado con anterioridad a la activación del dispositivo. En ese caso, una vez iniciado el procedimiento que pone en marcha el sistema de Protección Temporal, pareciera equitativo darles la misma protección que a los beneficiados por el Consejo. Queda a salvo, al menos en este caso y a simple vista, los solicitantes de asilo cuyo procedimiento ya se estuviera tramitando.

En cualquier caso, sí garantizaría la armonización de las prestaciones sociales y permisos de residencia a los que vienen del mismo lugar y por idénticos motivos, ya que el estatuto humanitario que el Estado hubiera otorgado al caso particular no resulta uniforme en todos los Estados miembros. De esta manera, si se producen desplazamientos que son atendidos por los

28. *BOCG*, Serie D, General, 4 de abril de 2003, núm. 218, Proposición no de Ley 162/000706, p. 15.

29. *BOCG*, Serie D, General, 4 de abril de 2003, núm. 218, Proposición no de Ley 162/000707, p. 17.

Estados de manera individual a falta de decisión del Consejo, pero ésta finalmente se produce, habría que procurar que todos obtuvieran el mismo estándar de tratamiento, indiferentemente del país en el que encontrarán protección.

En los casos de Protección Temporal basada en el artículo 7, se excluye la posibilidad de aplicar los artículos 24, 25 y 26 de la Directiva, que se refieren a la "solidaridad" entre los Estados miembros, con excepción del apoyo estructural incluido en el Fondo Europeo para los Refugiados. Tiene sentido desde el momento en que esta última categoría de personas obtiene protección temporal por la decisión unilateral de uno o más Estados miembros, no parece que ello pueda comprometer la responsabilidad ni material ni financiera del resto³⁰

En este caso, hubiera resultado positivo hacer alguna referencia a que estos colectivos gozarán del mismo régimen de la Directiva y durante el mismo tiempo que aquellos beneficiados por la decisión del Consejo aunque se sobrentiende que ha de ser así.

III. OTRAS CONDICIONES INICIALES.

Si analizamos el artículo 2 c) al completo, vemos que no es suficiente con que se produzcan estas amenazas; los colectivos protegidos, además, tienen que detentar unas *condiciones de partida*:

- han de ser nacionales de terceros países o apátridas (artículo 2 c);
- han de manifestarse en afluencia masiva (artículo 2 a) y d) de la Directiva);
- han debido abandonar su país o región de origen o haber sido evacuados; y,
- el país debe sufrir una situación tal que haga el regreso de estas personas imposible.

Se trata de criterios objetivos comprobables *prima facie* y que deben reunir como grupo, pues no se va a proceder a un examen individual.

A diferencia de lo que ocurre respecto a los refugiados en la Convención de Ginebra, que aparecen descritos en términos singulares y que se someten a un procedimiento de determinación individual, en el caso de la Protección Temporal, por el contrario, se va a utilizar un sistema de "determinación grupal *prima facie*". A través de este procedimiento, se valorará el desplazamiento masivo y determinadas cualidades como grupo, pero no de forma personalizada. Se atenderán criterios más objetivos que subjetivos, dejando a un lado el sistema evaluador clásico basado en las declaraciones del solicitante más que en un juicio de la situación en el país de origen.

30. *Vid. infra*. Capítulo Séptimo.

El análisis del “temor bien fundado” –estado de ánimo, condición subjetiva y objetiva–, piedra angular del régimen ginebrino deja paso, –precisamente por su inviabilidad en caso de afluencia masiva–, a un sistema de «determinación colectiva» que queda en manos del Consejo. A pesar de las evidentes ventajas de flexibilidad que ofrece en el procedimiento, la determinación colectiva descansa en una decisión de fondo ciertamente compleja. Esta alta institución habrá de tomar en consideración si efectivamente se ha producido una afluencia masiva y que el regreso en condiciones seguras y duraderas de los exiliados resulta imposible. Se trata, por tanto, de una decisión discrecional que dependerá de las circunstancias del caso concreto en la medida en que son conceptos jurídicos indeterminados que han de contar con el apoyo de una mayoría cualificada de Estados³¹.

1. LA EXCLUSIÓN DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS.

La referencia a que deben ser nacionales de un tercer país (extranjeros) o apátridas excluye, de entrada, la posibilidad de que ciudadanos comunitarios pudieran obtener protección temporal. Se entiende que ningún nacional de un Estado miembro debiera encontrarse en circunstancias tales que le obligaran a abandonar su país o región de origen, y cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas fuera imposible.

Las duras negociaciones que precedieron a la adopción del Tratado de Amsterdam, respecto a la posición española dirigida a suprimir la admisión a trámite de cualquier solicitud de asilo de un nacional de un Estado miembro, no han tenido reflejo respecto al sistema de Protección Temporal. No se realiza ninguna consideración en las Propuestas anteriores, ni tampoco en los Comentarios a la *Propuesta de Directiva* de 2000, lo cual, por otro lado, no es de extrañar habida cuenta de las peculiaridades de la acogida temporal que aquí se analiza, así como del Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros anejo al Tratado de Amsterdam que venía a resolver la disputa anterior. Ello no ha sido óbice, no obstante, para las críticas por parte del Alto Comisionado y de las ONGs relacionadas con los desplazamientos a gran escala que realizan un examen altamente negativo de la citada exclusión como condición predeterminada³².

31. Se hará un estudio más pormenorizado de estas cuestiones en el Capítulo Quinto de este trabajo.

32. ACNUR se muestra seriamente preocupado por este límite en el ámbito de aplicación de la Directiva. Aunque reconoce que, en las circunstancias actuales, es altamente improbable que en ningún Estado miembro de la Unión Europea se dieran las condiciones para una salida masiva, dicha probabilidad no puede ser eliminada como una cuestión de derecho. Por lo tanto, recomienda vigorosamente que se clarifique este punto de forma que nada en la Directiva pueda ser interpretado como un límite al derecho de los nacionales de los Estados miembros a buscar protección de conformidad con los instrumentos internacionales de protección de derechos huma-

2. LA INCLUSIÓN DE LAS "PERSONAS DESPLAZADAS INTERNAS" COMO POTENCIALES BENEFICIARIOS DE LA ACOGIDA TEMPORAL A TRAVÉS DE LA EVACUACIÓN.

La tercera condición exigida se refiere al abandono del país o región de origen o, en caso de que éste no fuera posible, que estos desplazados hayan sido evacuados con objeto de su acogida en los Estados miembros. En realidad, es suficiente la constatación de la huida, pues no se exigen requisitos adicionales como que dicho exilio vaya unido a una persecución concreta o que ésta provenga de un agente específico; ni siquiera han debido cruzar necesariamente una frontera internacional habida cuenta de la posibilidad de utilización del mecanismo de la evacuación.

Efectivamente, dicho sistema pudiera utilizarse para contribuir al reparto de la "carga" con un Estado vecino al conflicto y que pudiera encontrar dificultades para atender un desplazamiento de estas proporciones, así como en aquellos casos en los que el éxodo se produce en las mismas fronteras del Estado de origen. Así, al no contemplar sólo el abandono de su país sino también de *su región de origen*, se está considerando la posibilidad de acogida de aquellas personas que no habiendo cruzado una frontera internacional se hayan convertido en *personas desplazadas internas*. Para los casos en los que el cruce de la frontera estuviera fuera de su alcance, la Directiva prevé un procedimiento de evacuación de los colectivos implicados, en particular, respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales.

Aunque se hubiera previsto *de facto* la utilización de la evacuación en las circunstancias descritas en los instrumentos anteriores a la Directiva, la realidad es que no se realizó ninguna consideración concreta, ni siquiera en la *Propuesta de Directiva* de 2000. De hecho, se trata de una modificación introducida con motivo de las enmiendas realizadas por el Parlamento Europeo. En concreto, resulta de la Enmienda número 6, respecto al artículo 2, letra d), que describía el concepto de afluencia masiva. El Parlamento Europeo proponía la siguiente redacción del citado precepto:

"“afluencia masiva”: la llegada a la Comunidad Europea de un número importante de personas desplazadas de terceros países que no pueden volver a su país de origen, procedentes de un país o de una zona geográfica determinada, independientemente de que su llegada a la Comunidad haya sido espontánea o asistida, por ejemplo, mediante programas de evacuación”³³

nos de los refugiados. *Comentario de ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, para. 3.c).

En el mismo sentido, ECRE, *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing*, enero 2001.

33. La cursiva es de la autora.

Como justificación, el Parlamento Europeo alegaba que si el objetivo de la Directiva consistía en establecer un mecanismo adecuado para la eventualidad de que volviera a plantearse una situación como la de Kosovo, el régimen de Protección Temporal debería incluir alguna referencia a la necesidad de los Estados miembros de transportar a las personas necesitadas de protección al territorio de la Comunidad. Si no se indicara así explícitamente, la Protección Temporal sólo podría ser invocada en aquellos casos en que los individuos desbordaran las fronteras de la misma. Es por ello que la Comunidad no debería negar su responsabilidad en aquellas situaciones en que terceros países ya protegen a las personas necesitadas⁵⁴.

La principal cualidad de la utilización del mecanismo de la evacuación resulta de las posibilidades que ofrece de protección *inmediata* en el territorio de terceros Estados para personas que de ninguna otra forma hubieran podido obtener la debida atención a sus derechos esenciales, pues al verse impedidos para cruzar una frontera internacional ni siquiera pueden solicitar asilo, quedando a merced de la posible asistencia internacional prevista en estos casos.

La posibilidad de la evacuación resulta tan trascendental que, en realidad, pudiera convertirse en la única vía de activación del dispositivo de Protección Temporal. No queda claro, a falta de disposición al respecto, de qué manera se va a permitir el acceso al territorio de aquellos que huyan de su lugar de residencia habitual sin la utilización de tal mecanismo dadas las férreas medidas de *non entrée* que lo harían tremendamente difícil en esas circunstancias⁵⁵. Recuérdese que a partir de la década de los ochenta comienzan a adoptarse medidas de control que prácticamente hacen imposible el acceso a nuestro territorio por parte de desplazados que, para ello, hubieran de atravesar Estados vecinos –la normativa dirigida a impedir la llegada de todo extranjero no documentado, a través de la exigencia de visados obligatorios, sanciones a compañías de transporte, interceptación física de navíos; medidas dirigidas a trasladar hacia otros Estados la responsabilidad de aquellos solicitantes de asilo que llegan a las fronteras de la Unión Europea a través de convenios de readmisión o de la aplicación de la noción de “tercer país seguro”; etc.–.

ACNUR solicitó al respecto incluir disposiciones concretas en la Directiva que evitaran los efectos de esta medidas para el caso de desplazamientos masivos de población; en concreto, recomendaba que se excluyera la posibilidad de exigir visado, así como, la inaplicación de las sanciones a transportistas⁵⁶.

34. PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, p. 8

35. Es una de las observaciones que hace ECRE en su *Information Note on the Council Directive 2001/55/EC, of 20 July 2001, on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, 1 de septiembre de 2001, p. 5.

36. ACNUR, *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, de diciembre de 2001, para. 2.c).

A falta de esta previsión normativa, nos parece más acertada la interpretación del profesor Kälín. En su opinión, el sistema de Protección Temporal *suspendería* tales disposiciones coadyuvando al reparto de las responsabilidades respecto a estos colectivos con los Estados vecinos al conflicto³⁷.

No obstante, la eventualidad contemplada de la evacuación, más allá de su eficacia fáctica implica proporcionar al sistema de Protección Temporal una perspectiva más amplia de su ámbito de aplicación al contemplar la posibilidad de acogida de personas procedentes de cualquier país del mundo y no necesariamente del ámbito europeo o de países cercanos a nuestra área de influencia³⁸. El Consejo Económico y Social describe este fenómeno muy acertadamente:

“(...) el dispositivo que se examina no es una «Directiva Balcanes», sino un instrumento geográfica e históricamente neutro, que se utilizará en el momento en el que se compruebe su necesidad”³⁹.

Tal y como ha llamado la atención el Profesor Hofmann, una Directiva que estuviera vinculada a la protección de su entorno más inmediato, cultural y territorial —en cuyo caso, sólo podrían ser potenciales beneficiarios aquellos desplazados europeos o norte africanos— no parece satisfactoria ni suficiente, pues se hace imprescindible tomar en consideración que la capacidad de acogida de los Estados afectados por la afluencia a gran escala puede agotarse y, además, esa perspectiva no tendría en cuenta una distribución equitativa de las cargas en términos globales, es decir, respecto a la comunidad internacional en su conjunto⁴⁰.

Aunque esté pensado sustancialmente para situaciones de afluencia a gran escala que pudieran poner en peligro la paz y seguridad en la región o aquellas que sin suponer una amenaza de tal calado fueran concordantes con los

37. El profesor KÄLIN considera esta una de las grandes ventajas de la Protección Temporal y una de las características que la hacen diferente a cualquier otra iniciativa internacional en este sentido. KALIN, W. «Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Tempations of Pragmatism», *op. cit.*, p. 211.

38. Aunque, en realidad, los únicos ejemplos que se mencionan en la Directiva sobre situaciones de afluencia masiva son europeos, nada impide que pueda hacerse una interpretación más extensiva que la *lex lata* no excluye expresamente.

En este sentido, ILPA se sorprende de que no se atiendan los ejemplos de personas desplazadas de países como Sri Lanka, Sudán, o China tan numerosos en los últimos años en Europa. ILPA, *Reponses to Proposed EC Directive on Minimum Standards of Temporary Protection*, 3 de octubre de 2000.

39. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva*, para. 2.2. p.24.

40. En cualquier caso el Profesor Hofmann no deja de reconocer que el retorno a los lugares de origen resulta más fácil desde países próximos en tanto en cuanto la adaptación es menos problemática. 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, Heilderber, 2000, p. 878.

dictados de la Política Exterior y de Seguridad Común, en la medida en que el mecanismo de evacuación no se haya vinculado con un origen geográfico concreto pudiera convertirse en una *fórmula europea de excepción con objeto de responder a las exigencias de solidaridad internacional*—no sólo comunitaria—, en lo que respecta a los desplazamientos masivos de población.

Ello ha quedado, en parte, confirmado en lo que respecta a la actuación interna del Gobierno español en relación al conflicto producido en Irak. En concreto, fueron debatidas en el Congreso de los Diputados Proposiciones no de Ley sobre la incoación del procedimiento de Protección Temporal y que, a pesar de su no aplicación final, nos ofrecen una muestra evidente de la intención de utilizar dicho dispositivo para casos de afluencia a gran escala, de los cuales no se prevea el traspaso de fronteras europeas, dejando a salvo que la Unión pudiera sentirse, en esta medida, responsable de su salvaguarda.

En concreto la Proposición no de Ley de los Grupos Parlamentarios Socialista, Federal de Izquierda Unida, Mixto, de Coalición Canaria y Vasco (EAJ-PNV) instaba al Gobierno:

“(…) Primero.—A que, cuando se constate la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas por causa del conflicto en Irak, y conforme a lo establecido en el artículo 5.1 de la Directiva 2001/55, mediante solicitud a la Comisión, *promueva en el seno de la Unión Europea la puesta en marcha desde el Consejo de un programa de evacuación y traslado a los países de la Unión Europea de los refugiados ocasionados por esta guerra (…)*”⁴¹.

Las perspectivas, en este sentido, que ofrece la Directiva de Protección Temporal para coadyuvar a un reparto equitativo de las cargas que generan los desplazamientos en masa, no sólo a nivel interno europeo sino a escala global, son evidentes, aunque se haya de tomar en consideración la importante sujeción de esta posibilidad a circunstancias políticas de toda índole. No se trata, pues, de un procedimiento de aplicación directa una vez se produzca el presupuesto de hecho que le da vida sino una decisión que ha de contar con la suficiente mayoría en el Consejo. Lo anterior, en cualquier caso, no equivale a una libertad absoluta, como se podrá comprobar en los capítulos siguientes, el juego de equilibrios institucional y estatal proporcionará importantes resultados a este respecto.

IV. LAS PERSONAS EXCLUIDAS DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL.

LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA.

Todas las categorías analizadas con anterioridad serán beneficiarias de la Protección Temporal siempre y cuando no les sea aplicable la cláusula de exclusión del artículo 28.

⁴¹. *BOCG*, Serie D, General, 4 de abril de 2003, núm. 218, Proposición no de Ley 162/000707, p. 17. La cursiva es de la autora.

El citado precepto impide el disfrute de protección internacional a determinadas personas que debido a su comportamiento, se considera que no son dignas de tal amparo o salvaguarda. Dicho impedimento se convierte en una suerte de sanción cualificada para aquellos que han cometido delitos de relevante importancia para la comunidad de acogida o bien crímenes tan graves que, más allá de las consecuencias directas del propio ilícito, se considera que violan intereses de la comunidad internacional en su conjunto y, por lo tanto, en ningún caso, sus autores pueden ser honrados con protección alguna.

La Directiva, de este modo, se hace eco de las restricciones que instrumentos normativos del ámbito del DIR ya han hecho clásicas⁴². La naturaleza humanitaria del estatuto de refugiado resulta incompatible con comportamientos de tal envergadura y, en lo que a nuestro análisis se refiere, lo mismo podemos alegar del sistema de Protección Temporal.

En cualquier caso, se trata de personas que *a priori* han sido consideradas como parte de un desplazamiento masivo necesitado de acogida en los Estados miembros; en consecuencia, la cláusula de exclusión resulta la sanción más extrema prevista en este instrumento jurídico. Es por ello fundamental conocer con exactitud cuáles son los comportamientos o conductas penalizadas, esto es, por qué motivos una persona puede ser excluida de la protección internacional de la que —en esa determinación grupal propia de la Directiva—, se había considerado potencial merecedor. La precisión de los términos definitorios o la facultad de la autoridad competente para ejercer un poder discrecional resultarán elementos igualmente importantes para el debate.

En la medida en que este artículo 28 trae causa de la cláusula de exclusión prevista en la Convención de Ginebra para el Estatuto de los Refugiados, resultará interesante comprobar hasta qué punto supone una confirmación de la misma o si difiere en algún aspecto de relevancia —y consecuencias jurídicas— del artículo 1.F ó 33.2 del Convenio ginebrino. No se ha de olvidar que la Directiva ha de ser compatible con las normas internacionales que están en su órbita de aplicación aunque el colectivo de desplazados en masa obligue a

42. Los instrumentos internacionales de protección al refugiado surgidos después de la Primera Guerra Mundial no acogían ninguna disposición que excluyera a personas que hubieran cometido crímenes de tal calado. Sin embargo, aquellos perpetrados durante la Segunda Guerra Mundial y su posterior enjuiciamiento iban a dejar su impronta en la normativa posterior (la primera cláusula de exclusión data de la constitución de IRO en 1946). Tanto en el Estatuto de ACNUR (artículo 7d) como durante los trabajos preparatorios del Convenio de 1951 —el ECOSOC es quien introduce la cláusula—, los Estados —con independencia de alguna discrepancia en torno al catálogo de crímenes a excluir, lo que provoca finalmente el voto negativo del delegado israelí—, se mostraron conformes en no proteger estos actos bajo ningún concepto. Ninguna institución debía interferir en la debida persecución y castigo de sus culpables.

Vid. inter alia. GOODWIN-GILL, G.S. *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 95-97. La obra de este autor se nos muestra especialmente interesante en el análisis de las cláusulas de exclusión ginebrina (pp. 95-114) por la profusa cita de jurisprudencia nacional en la interpretación de la misma, lo que nos da cuenta de los desarrollos jurídicos en este sentido.

una interpretación *mutatis mutandi*. Dicho análisis nos servirá de excusa para indagar en la evolución de la interpretación jurídica de esta cláusula que, a lo largo de estos cincuenta años, puede haber exigido de precisiones o matizaciones necesarias. Esta importante cuestión será analizada, también, a continuación.

Lo que está fuera de toda interpretación o margen de apreciación estatal es que estas personas, a pesar de la aplicación de la cláusula de exclusión, siguen contando con determinadas salvaguardas. Se hallan protegidos contra toda devolución que pudiera violar el principio de *non refoulement* y, con el artículo 3 del CEDH y el Convenio contra la Tortura, tienen derecho a no ser devueltos al país del que pudiera temerse que sufran tortura o trato inhumano o degradante para lo que se cuenta con una importante jurisprudencia que lo avala. Esta obligación que deviene norma consuetudinaria y, al menos en Europa, puede predicarse su carácter de *ius cogens*, no admite derogaciones o excepciones de ningún tipo. El artículo 28 se haya sometido a estos límites de partida.

El procedimiento por el cual se determine la exclusión resulta otra de las cuestiones de interés, especialmente en lo que respecta al sistema de Protección Temporal que no se halla previsto de un concreto dispositivo para tales efectos. Serán los Estados los sujetos competentes para llevar a cabo tal función y, para ello, existen una serie de garantías que no deben eludir. En consecuencia, se dará cuenta de si éstas son tomadas en consideración por la normativa comunitaria. Ante su violación, en cualquier caso, las personas acogidas gozarán de la posibilidad de interponer un recurso jurisdiccional ante las autoridades del Estado miembro correspondiente (artículo 29 de la Directiva).

Una vez expuestas las cuestiones de interés que nos ha suscitado la cláusula de exclusión –y cuya resolución pretendemos en los siguientes epígrafes–, se ha de examinar cuál es su contenido concreto:

El artículo 28.1 permite a los Estados miembros excluir a una persona de la protección temporal siempre que:

- “a) existan motivos justificados para considerar que la persona en cuestión
 - i) ha cometido un delito contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad, según se definen en los instrumentos internacionales elaborados para responder a tales crímenes;
 - ii) ha cometido un grave delito común fuera del Estado miembro de acogida antes de su admisión en dicho Estado miembro como beneficiaria de protección temporal. La gravedad de la persecución que cabe esperar debe considerarse en relación con la naturaleza del delito presuntamente cometido por el interesado. Las acciones especialmente crueles, incluso si se han cometido con un objetivo pretendidamente político, podrán ser calificadas de delitos comunes graves. Esto es válido tanto para los participantes en el delito como para los instigadores de éste;

- iii) se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas;
 - b) existan razones fundadas para considerar que la persona en cuestión representa un peligro para la seguridad del Estado miembro de acogida o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de dicho Estado miembro.
2. Los motivos de exclusión contemplados en el apartado 1 deberán basarse únicamente en el comportamiento de la persona en cuestión. Las decisiones o medidas de exclusión deberán respetar el principio de proporcionalidad⁴³.

El apartado primero se centra en la definición de los motivos por los que una persona puede ser excluida de la acogida temporal: por un lado, actos cometidos fuera del país de acogida (artículo 28.1.a) y de forma separada, aquellos cometidos en el Estado miembro (artículo 28.1.b). En cuanto al segundo apartado, se encarga de establecer criterios a tomar en consideración durante el procedimiento. Sigamos, pues, esta distinción también para el análisis del presente epígrafe.

1. CRITERIOS SUSTANTIVOS. MOTIVOS POR LOS QUE UNA PERSONA PUEDE SER EXCLUIDA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL.

Como puede comprobarse, la cláusula de exclusión comprende la fórmula que se recogía ya en 1951, en el artículo 1 F a), junto con el contenido del artículo 33.2 de la Convención de Ginebra⁴⁴. Esa es, además, la intención del

43. La cursiva es de la autora.

44. Artículo 1 F Convenio de Ginebra de 1951:

“Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

A) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los Instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;

B) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;

C) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”

El artículo 1 (5) del Convenio de la OUA emplea idénticas categorías con la salvedad de que añade los “actos contrarios a los propósitos y principios de la Organización para la Unidad Africana”.

Artículo 33 Convenio de Ginebra de 1951:

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

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

“legislador” que, salvo algún añadido de última hora, pretende incorporar una cláusula que deriva directamente de las disposiciones del Convenio ginebrino⁴⁵. Es por ello que la interpretación de dicha normativa por los Estados arrojará muchas luces en esta investigación. Se atenderá, pues, a ella como principal parámetro.

Aunque la Directiva agrupa el contenido del artículo 1 F y el correspondiente al artículo 33.2 no se trata de dos cláusulas de exclusión diferentes. El artículo 1 F es la auténtica cláusula de exclusión a atender durante la fase de determinación del estatuto de refugiado. En la medida en que se hubiera considerado que la persona en cuestión pudiera haber cometido alguno de los citados crímenes quedaba excluida de la posibilidad de ser acogida como refugiado. Sin embargo, el artículo 33.2 es aplicable a personas que ya han sido consideradas refugiados y que, *a posteriori*, se advierte que por determinadas razones pudieran ser objeto de expulsión del territorio.

De ahí que se haya interpretado habitualmente que el artículo 1 F se refiere a determinados actos delictivos cometidos con anterioridad a la acogida en el Estado y, por el contrario, la aplicación del artículo 33.2 ha de basarse en un comportamiento de la persona en cuestión durante su estancia como refugiado.

Por lo que a la Directiva de Protección Temporal se refiere, se ha de interpretar que cualquiera de los actos descritos pueden comportar la exclusión de los beneficios de la acogida⁴⁶. Distinto problema será la consecuencia que ello comporte, pues –con independencia del dispar rasero exigido en cuanto a la prueba en la comisión de unos delitos y otros– en unos casos podrán ser excluidos de la protección pero no expulsados (piénsese en los casos en que el sujeto se enfrente a una amenaza de tortura, trato inhumano o degradante), mientras que en otros, pudieran haber disfrutado de cierta acogida y luego ser expulsados del territorio sin que ello contravenga el principio de *non refoulement*.

A. ACTOS DELICTIVOS COMETIDOS CON ANTERIORIDAD A LA ACOGIDA EN EL ESTADO MIEMBRO.

El artículo 28.1.a) está dividido en tres párrafos que se corresponden con actos delictivos diferentes, por lo que se atenderá a las particularidades de

45. Así se expresa la Comisión en el Memorándum de la *Propuesta de Acción Común de 1997* (comentario al artículo 11, para. 33, p. 11) y que la modificada de 1998 reproduce igualmente. La *Propuesta de Directiva de 2000*, no sigue exactamente el *iter* de los artículos de Ginebra con lo que incorpora cierta confusión. La redacción definitiva es más fiel a los instrumentos iniciales y a la redacción del Convenio de refugiados, con independencia de ciertas disposiciones que trataremos más adelante.

46. La introducción en una misma cláusula de exclusión del contenido del artículo 1 F y 33.2 de la Convención de Ginebra no es una innovación de la Directiva. La legislación interna de algunos Estados –como Alemania, España o Canadá–, ya habían procedido a esta combinación anteriormente.

cada supuesto de forma separada. En cualquier caso, resulta importante señalar que dicha separación no comporta una tajante exclusión, es decir, un mismo acto delictivo puede ser calificado o formar parte de más de un supuesto de hecho.

El artículo 28.1 a.i) hace referencia al llamado *núcleo duro de los delitos de Derecho internacional*: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y el crimen de genocidio. Según indica la propia disposición, su interpretación ha de responder a la definición recogida en los instrumentos internacionales elaborados para sancionar tales crímenes. En este sentido, resulta fundamental añadir a los clásicos tratados en la materia, los nuevos desarrollos normativos que se han producido –a tal efecto–, en los últimos tiempos, ya sea por la vía jurisprudencial (interna e internacional), como por la vía convencional. En este apartado merecen una mención especial los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como –debido a las enormes perspectivas de futuro y de consolidación de trabajos pasados–, el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional⁴⁷.

Por lo que se refiere a la comisión de un *grave delito común* (artículo 28.1.a.ii), las dificultades jurídicas que ha suscitado son mayores que en el anterior supuesto.

El principal dilema ha reposado en la concreción de lo que ha de entenderse por grave delito común (en su versión inglesa *serious non political crimen*) y, por tanto, en las diferencias existentes entre los delitos comunes graves y los delitos que persiguen una finalidad política y, por ende, de los que cabría suponer la amenaza de persecución del individuo tras la comisión del mismo y su subsiguiente necesidad de protección.

Entre ambos, los actos terroristas que a menudo han podido gozar de la clemencia de los Estados en función de la finalidad perseguida (piénsese en

47. Véase al respecto de la evolución normativa:

Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg, anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y Estatuto del Tribunal Militar de Tokio.

La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (Resolución 260 A (III), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1948, publicada en *BOE*, nº. 34, de 8 de febrero de 1969).

Las Convenciones de Derecho Internacional Humanitario y sus Protocolos Adicionales (publicadas en *BOE*, nº 236, de 23 de agosto de 1952; *BOE*, nº 239, de 26 de agosto de 1952; *BOE*, nº 249, de 5 de septiembre de 1952; *BOE* nº. 246, de 2 de septiembre de 1952; *BOE* nº. 177 de 26 de julio de 1989, corrección de errores en *BOE* nº 241 de 7 de octubre de 1989 y nº 242 de 9 de octubre de 1989)

Convención internacional para la supresión y castigo del crimen de apartheid de 1973.

Los Estatutos de los Tribunales penales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda, así como su jurisprudencia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993, publicada en *BOE*, nº 281, de 24 de noviembre de 1993 y Resolución 955 del Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 1994, publicada en *BOE*, nº 123, de 24 de mayo de 1995).

Estatuto de la Corte Penal Internacional: A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. La ratificación por España ha sido autorizada por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, *BOE*, nº 239, de 5 de octubre de 2000.

aquellos cometidos para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales y no por motivos de pura conveniencia personal o ánimo de lucro), se hallan en el punto de mira de la comunidad internacional que no pretende dar acogida alguna a actos de barbarie, sean cuales fueren los objetivos de la lucha. En una materia en la que los términos no están nítidamente definidos (las dificultades de delimitación se agravan al no existir una definición de lo que ha de entenderse por terrorismo); en la que cabe un gran margen de apreciación por parte de los Estados; en la que resulta más perentorio que nunca reafirmar los pilares básicos de la protección de los solicitantes de refugio en sentido amplio (presunción de inocencia, proporcionalidad, etc.), que el terrorismo se haya convertido en la mayor amenaza para la comunidad internacional del nuevo milenio puede suponer –más bien ya supone–, la nueva amenaza para la institución del asilo.

En general, se ha considerado que para distinguir un delito común de aquel con finalidad política habrá de atenderse a su naturaleza y finalidad con la que ha de tener un nexo causal estrecho, no admitiéndose en ningún caso la comisión de atrocidades⁴⁸. Justamente en este extremo la Directiva ha querido ir más allá de los términos de la clásicas cláusulas de exclusión, incorporando al contenido de la norma los parámetros de interpretación de la misma. No supone, por tanto –en nuestra opinión–, una ampliación de los supuestos por los que se puede excluir a las personas que representen un peligro para el Estado, sino la exigencia de armonización en los requisitos más básicos y una muestra de la preocupación europea por la lacra del terrorismo que lleva tanto tiempo instalado en nuestras fronteras. Así, recuerda que «(...) las acciones especialmente crueles, incluso si se han cometido con un objetivo pretendidamente político, podrán ser calificadas de delitos comunes graves. Esto es válido tanto para los participantes en el delito como para los instigadores de éste». Con esta calificación serían excluidos automáticamente de la protección internacional y, en función de las circunstancias en su país –ténganse en cuenta los límites impuestos por el principio de *non refoulement* en su versión ampliada europea–, podrían ser expulsados o extraditados si existe una petición en tal sentido.

En compensación, la norma de Derecho derivado también exige a los Estados establecer un *equilibrio* entre la naturaleza del delito y el grado de persecución que tema el sujeto. La Directiva se expresa en los siguientes términos: «la gravedad de la persecución que cabe esperar debe considerarse en relación con la naturaleza del delito presuntamente cometido por el interesado»⁴⁹. El objetivo consiste en obtener un equilibrio humanitario entre la potencial

⁴⁸ ACNUR. *Manual de procedimientos y criterios para la determinar la condición de refugiado*, op. cit., para. 152, p. 39.

⁴⁹ La Directiva se refiere al clásico requisito que exigía: "(...) to strike a balance between the offences committed ...and the extent to which fear of persecution was well-founded", en palabras del Presidente de la Conferencia de Plenipotenciarios que redactó el Convenio de 1951, Señor

amenaza a la comunidad de refugio y las necesidades del individuo que ha huido en atención a serios peligros. De acuerdo con las reglas más básicas de la teoría general del Derecho penal y que son comunes a los Estados de nuestra órbita, se habrán de ponderar, pues, todo tipo de circunstancias personales –agravantes y atenuantes–, para la correcta valoración del delito cometido. Lo que no termina de casar con el ámbito de aplicación de la Directiva es la referencia a la “persecución” que cabe esperar que sufra el solicitante de protección, pues no se exige tal requisito a los potenciales beneficiarios de una acogida temporal pensada para afluencias masivas que (artículo 2 c) no han de sufrir una persecución concreta.

En principio, se ha entendido que un delito común se reputa *grave* en función de la pena con la que esté castigado. La sanción que tal acto delictivo obtuviera en el ordenamiento interno del Estado nos daría la vara de medir en este sentido. Las infracciones castigadas con pena de muerte o aquellas que implicaran un mayor tiempo de internamiento serían susceptibles de ser calificadas como grave delito común a los efectos de la cláusula de exclusión⁵⁰.

Los atentados del 11 de septiembre en los Estados Unidos han supuesto un revulsivo cuya consecuencias jurídicas no se han hecho esperar. Los terribles ataques terroristas no sólo han dejado una huella imborrable a nivel humano en todo el mundo sino que también han tenido importantes e inevitables consecuencias para el Derecho Internacional. Si contamos entre las mismas la reciente ilegal e ilegítima agresión contra Iraq, con su devastadora ola que ahoga vidas humanas y las esperanzas de tantos en la eficacia de los mecanismos institucionalizados de solución de controversias, resulta difícil poder centrar nuestra atención en el alcance y efectos producidos en el DIR.

Sin embargo, no podemos pasar por alto el contenido de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad⁵¹ aunque ya avanzamos que nuestra preocupación se cifra más en las consecuencias de la interpretación de dicha resolución, así como en el ambiente de desconfianza hacia los refugiados que crea, que en el tenor literal de la misma.

LARSEN: A/CONF. 2/SR. 29.

Por su parte, el Alto Comisionado nos explica que:

“Si una persona tiene fundados temores de que va a ser objeto de una grave persecución, es decir, una persecución que ponga en peligro su vida o su libertad, el delito tiene que ser muy grave para que se le excluya. Si la persecución que teme es menos grave, será preciso tener en cuenta el carácter del delito o de los delitos de los que se le presume autor para determinar si el interesado no es en realidad un prófugo de la justicia o si su carácter de delincuente no predomina sobre su carácter de refugiado de buena fe”.

ACNUR. *Manual de procedimientos y criterios para la determinar la condición de refugiado*, op. cit., para. 156, p. 40.

50. Cfr. ACNUR. *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, *ibidem*, para. 155, p.40.

51. NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad. *Resolución 1373 (2001)*, S/RES/1373 (2001), 28 de septiembre de 2001.

El Consejo actuando de conformidad con el capítulo VII de la Carta decide que todos los Estados: «2.c Denieguen refugio a quienes financian, planifican o cometen actos de terrorismo, o prestan apoyo a estos actos, o proporcionan refugios».

Exhorta a todos los Estados a:

“3.f. Adoptar las medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional y el derecho internacional, inclusive las normas internacionales en materia de derechos humanos, antes de conceder el estatuto de refugiado, con el propósito de asegurarse de que el solicitante de asilo no haya planificado o facilitado actos de terrorismo ni participado en su comisión;

g. Asegurar de conformidad con el derecho internacional, que el estatuto de refugiado no sea utilizado de modo ilegítimo por los autores, organizadores o patrocinadores de los actos de terrorismo, y que no se reconozca la reivindicación de motivaciones políticas como causa de denegación de las solicitudes de extradición de presuntos terroristas;”

“5. Declara que los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que financiar intencionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a dichos propósitos y principios”.

Esta última disposición es la que más vivas discusiones ha suscitado por parte de la doctrina⁵², no obstante, consideramos que la clave de la Resolución está en la forma de participación en el delito. En realidad, “financiar, planificar, facilitar o cometer” no va más allá de los términos utilizados por la Directiva, en la que instigador (que incluiría al que incita, provoca, induce...) y participante se equiparan. Si la Resolución del Consejo de Seguridad amplía los supuestos ya lo había hecho con anterioridad la Directiva de Protección Temporal.

Después de los graves atentados perpetrados, los solicitantes de asilo se han convertido en sospechosos por el mero hecho de haber entrado ilegalmente en el país o por pertenecer a la misma etnia o religión de los que han cometido crímenes. El beneficio de la duda y la inclusión como principio han dado paso a la criminalización de los refugiados y la exclusión como punto de partida. La falta de concreción del término terrorismo puede conllevar a que actos que habitualmente se habían considerado propios de grupos disidentes pudieran ser calificados de “grave delito común” favorecidos por este clima de amenaza terrorista.

52. La respuesta más contundente puede encontrarse en el artículo del profesor Allain, el cual no sólo considera que la Resolución del Consejo de Seguridad amplía el contenido o la lectura que cabía hacer del artículo 1 F de la Convención de Ginebra sino que devalúa el principio de *non refoulement*, norma que los Estados no pueden violar ni de forma individual ni colectivamente. ALLAIN, J. «The jus cogens nature of non-refoulement», en *IJRL*, vol. 13, nº 4, 2002, pp. 533-558.

Esta situación provocó vivas reacciones en ACNUR⁵³, el cual, sin cejar en su empeño por condenar todo atentado a la vida y libertad de las personas, ha debido llamar la atención de los Estados para evitar en lo posible esta nueva percepción de desconfianza sobre aquellos que se ven forzados al exilio.

El mensaje ha sido claro: “la normativa es suficiente”. Una correcta aplicación de las cláusulas de exclusión resulta lo bastante adecuada para que las actividades terroristas no encuentren acogida a través de la protección internacional que procura el asilo. Un acto terrorista como el cometido contra el World Trade Center o el Pentágono tendría cabida en los tres supuestos recogidos en el artículo 1 F de la Convención de Ginebra –y también respecto al artículo 28.1 a de la Directiva.

La misma respuesta puede extraerse de los trabajos de la Comisión Europea al respecto⁵⁴. Los refugiados y solicitantes de asilo *bona fide* no deben ser víctimas de los recientes acontecimientos, al mismo tiempo que la Comunidad no debía facilitar en modo alguno el acceso al territorio de aquellos que apoyen o cometan actos terroristas.

Es obligado hacer notar los eventuales riesgos de desviación en la aplicación de esas normas como consecuencia de las crisis en las que no hayamos inmersos.

Por último, también se excluirá a aquellos culpables *de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas* (artículo 28 1.a.iii). A este respecto, hubiera sido más correcto utilizar la propia terminología de la Carta de Naciones Unidas –propósitos y principios–, tal y como aparecen recogidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 del capítulo primero.

El tenor de las citadas disposiciones de la Carta –dirigidas a los Estados como sujetos en su convivencia con el resto de la comunidad internacional–, hace difícil interpretar en qué casos un individuo puede cometer un acto delictivo que viole los propósitos y principios de la Carta y, en consecuencia, ser excluido de la protección internacional⁵⁵. En este supuesto se hace más eviden-

53. ACNUR. *Addressing Security Concerns without Undermining Refugee Protection-UNHCR perspective*. mimeografía.

54. El Consejo Extraordinario de Justicia e Interior del 20 de septiembre de 2001 invitaba a la Comisión a realizar el siguiente estudio: *Documento de Trabajo de la Comisión, Relación entre la salvaguarda de la seguridad interior y cumplimiento de las obligaciones e instrumentos internacionales en materia de protección*. COM (2001) 743 final, de 05.12.2001.

Tras los atentados del 11 de septiembre, el Consejo Europeo decidió desarrollar un ‘plan de acción sobre la lucha contra el terrorismo’ que abarca diferentes ámbitos: política exterior, política económica, financiera, de transportes, y de justicia e interior. En este último, se trabaja en la cooperación judicial, policial, servicios de información, financiación de terrorismo, medidas en frontera y otras. Consecuencias: selección previa de entrada, política estricta de visados, uso de los datos biométricos, refuerzo de la cooperación entre policías de frontera, servicios de inteligencia, EUROPOL, EURODAC y SIS.

55. Los Trabajos Preparatorios arrojan poca luz sobre el contenido de la citada disposición, incorporada al Convenio de 1951 gracias a los trabajos del delegado yugoslavo. Por su naturale-

te la relación intrínseca que guardan los diversos supuestos del artículo 1. F de Ginebra o 28.1.a de la Directiva de Protección Temporal, especialmente, con el núcleo duro de delitos de Derecho internacional. La comisión de un acto contrario a las finalidades de las Naciones Unidas a menudo coincidirá con la comisión de un crimen contra la paz, crimen de guerra, crimen contra la humanidad o el crimen de genocidio. En cualquier caso, la vaguedad de sus términos y, en consecuencia, el margen de apreciación que permite a los Estados, ha de corregirse con el principio general que impone una interpretación estricta y motivada. Tal y como acaba de verse, esta disposición ha de leerse a tenor de la Resolución 1373.

B. ACTOS DELICTIVOS COMETIDOS EN EL TERRITORIO DEL ESTADO MIEMBRO DE ACOGIDA.

En función del artículo 28.1.b existen dos tipos de *personas peligrosas* para el Estado de acogida:

–aquellos que representen un *peligro para la seguridad* del Estado miembro.

–aquellos que habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituyan una *amenaza para la comunidad* de dicho Estado miembro.

La discrecionalidad estatal en la apreciación de ambos supuestos resulta manifiesta. La Directiva no armoniza mayor contenido, por lo que el Estado en función de sus peculiaridades y de las circunstancias del caso podrá hacer uso de tal potestad con un margen de apreciación bastante amplio. Al menos, el estándar formal (y también probatorio) es más exacto, pues requiere una sentencia final. La consecuencia, esta es, la expulsión del territorio, habrá de compensarse con los conceptos indeterminados de “peligro para la seguridad del Estado” o “amenaza para la comunidad”.

za diríase que sólo determinadas personas en una situación de poder en el organigrama estatal podrían cometer tales actos. La jurisprudencia de determinados países revela que se ha tomado en consideración respecto a oficiales del Estado, pero también en relación con individuos que han participado en violaciones de derechos humanos individualmente o formando parte de una organización. En cualquier caso, la vaguedad de sus términos ha provocado que sea utilizada en escasas ocasiones.

En opinión del Profesor Goodwin-Gill ‘las finalidades y principios’ de las Naciones Unidas deberían leerse a la luz de los tiempos, conforme a desarrollos normativos de tal trascendencia como en materia de derechos humanos. Vid. GOODWIN-GILL, G.S. *The Refugee in International Law*, op. cit., pp. 108-114 (incluye interesante análisis de la jurisprudencia estatal). También: PETERSEN, M. ‘Exclusion Clauses’, en *Refugee and Asylum Law: Assessing the Scope for Judicial Protection* (AA.VV), International Association of Refugee Law Judges. Second conference, Nijmegen, januari 9-11, 1997, p. 89 Este libro resulta de gran interés en la medida en que se centra principalmente en el análisis de la cláusula de exclusión desde la perspectiva más práctica, no en vano trae causa de las reflexiones expresadas por más de sesenta expertos en derecho en la segunda conferencia de la *International Association of Refugee Law Judges*.

Con todo, ha de notarse que nos encontramos ante una Directiva, esto es, ante una norma que pretende servir de puente y articulación con los respectivos ordenamientos o sistemas nacionales. De ahí que, con independencia de su eventual aplicabilidad inmediata y de su función de referente o canon comunitario de la ulterior observancia a nivel nacional, sea una norma destinada a su inserción y transposición en el ordenamiento interno y, en tal sentido, habrán de integrarse las previsiones del artículo 28.1.b) de la Directiva, de acuerdo con los imperativos de la cláusula del Estado de Derecho y, en lo que ahora importa, de la reserva e imperio de ley que a éste le es inherente, de acuerdo con las altas jurisprudencias nacionales. Lo que, en suma, significa que el legislador nacional habrá de concretar en mayor medida las cláusulas de exclusión y los procedimientos para su determinación⁵⁶.

La causa de exclusión por motivos de seguridad nacional hay que analizarla según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia porque puede comprometer las obligaciones internacionales de los Estados miembros. El artículo 3 del CEDH protege de ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes. Esta obligación es absoluta e incluye a aquellos que pueden ser excluidos por razones de seguridad nacional. Esto sólo puede ocurrir cuando la seguridad nacional adquiere prioridad sobre el principio de *non refoulement*. En realidad se trataría de supuestos extremos y excepcionales que deben interpretarse restrictivamente y requieren un alto grado de prueba. Así se ha interpretado por parte de las jurisdicciones nacionales europeas en lo que concierne a los refugiados⁵⁷ e igualmente es de suponer que la misma interpretación se haga respecto a los beneficiarios de la Protección Temporal.

2. LÍMITES JURÍDICOS A LA UTILIZACIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN.

El artículo 28 enuncia una competencia estatal; la Directiva no excluye a los desplazados *per se*, sino que serán los Estados los que decidan hacer uso de esta potestad. Es por ello que serán los llamados a garantizar que la exclusión se lleve a cabo con todas las garantías jurídicas.

Quienes sean los beneficiarios o la propia activación de la Protección Temporal es decidida por el Consejo (artículo 5.3.a), pero la aplicación de la

56. Sin embargo, el *Reglamento español sobre le régimen de protección temporal* se limita a reproducir el tenor literal del precepto europeo en su artículo 12.

57. Cfr. COMISIÓN EUROPEA. *Documento de trabajo de la Comisión. Relación entre la salvaguardia de la seguridad interior y cumplimiento de las obligaciones e instrumentos en materia de protección*, Bruselas, 05.12.2001. COM (2001) 743, final, p. 10.

En algunos Estados se han creado unidades especiales de Exclusión/Seguridad a las que se remiten todos los casos que pudieran suponer un peligro para la seguridad nacional o resulten sospechosos de implicación en actos violentos graves o violación de derechos humanos. España no cuenta con ninguna unidad de estas características. La Comisión recomienda la consideración de las mismas.

cláusula de exclusión es competencia de los Estados. La Directiva no prevé un mecanismo para poder realizar un análisis siquiera breve por parte del Consejo; al no existir un mecanismo de determinación individual no queda claro cómo se va a poder identificar al posible criminal entre el grupo a proteger. Parece que, en todo caso, habrá de ser *a posteriori*, por lo que se supone que las personas necesitadas de acogida ya han de hallarse en el territorio de los Estados⁵⁸.

La exclusión deberá examinarse según procedimientos individuales. Las características expuestas anteriormente no permiten dilucidar la comisión de actos delictivos de tal envergadura sin un procedimiento determinado y con agentes gubernamentales cualificados⁵⁹.

Al mismo tiempo que se distingue entre actos delictivos cometidos fuera y dentro del Estado miembro de acogida, también difieren los requisitos en cuanto a la prueba de la comisión del mismo. En el primer caso, basta que existan “motivos justificados” para considerar que la persona en cuestión ha cometido uno de los actos descritos, sin necesidad de probar, formalmente, la existencia de un procedimiento penal. Se llevará a cabo una investigación en la que se verifiquen los posibles vínculos del solicitante de asilo con actos violentos y su implicación en los mismos. Es lógico, pues, que se exija que la interpretación sea restrictiva⁶⁰. En la medida en que la aplicación de la cláusula de exclusión supone tan graves consecuencias para los interesados, el límite de la interpretación restrictiva se convierte en el primero y más clásico.

En el segundo caso, por el contrario, este procedimiento ha debido ser incoado y resuelto mediante sentencia firme, la persona se halla acogida en el territorio del Estado y cualquier acto que pudiera infringir las normas estatales ha de poner en marcha la maquinaria sancionadora y punitiva sin excepción.

La Directiva hace alusión a dos límites más en el segundo párrafo del artículo 28: “Los motivos de exclusión (...) deberán basarse únicamente en el comportamiento de la persona en cuestión. Las decisiones o medidas de exclusión deberán respetar el principio de proporcionalidad”.

Esta referencia a la conducta personal del nacional del tercer país de que se trate, en la práctica significa que la actual o pasada pertenencia a determi-

58. De hecho, en la normativa española de transposición, la cláusula de exclusión se contempla en el capítulo III, dedicado al procedimiento de reconocimiento individual.

59. Según los estudios más recientes sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión en caso de afluencia masiva existen dos principios rectores: primero, las cláusulas de exclusión se aplican en situaciones de afluencia masiva y, en segundo lugar, la exclusión debe examinarse según procedimientos individuales. «La exclusión de la condición de refugiado», en *Consultas Globales sobre la Protección Internacional*, Mesa de Expertos en Lisboa, 3-4 de mayo de 2001, ACNUR, Carnegie Endowment for International Peace, Fundación Lusoamericana para el Desarrollo, EC/GC/01/Ámbito 2/1, 30 de mayo de 2001, para. 26.

60. *Cfr.* ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para la determinar la condición de refugiado*, *op. cit.*, para. 149, p. 38.

nadas asociaciones –*v.gr.*, terroristas–, puede interpretarse que está vinculada al “comportamiento de la persona en cuestión”, y por consiguiente puede justificar el uso de la cláusula de exclusión del artículo 28.1.b)⁶¹. Dado el alto riesgo que la interpretación holgada de esta cláusula pudiera suponer, recuérdese que los Estados miembros se hallan obligados a no proceder a ningún tipo de discriminación por razón de raza, origen étnico, religioso o convicciones políticas o pertenencia a concretas minorías nacionales. El mero origen étnico o la nacionalidad de una persona nunca podrían justificar la aplicación de esta disposición. Quedan a salvo, en cualquier caso, la salvaguardas jurisdiccionales.

En cuanto al principio de proporcionalidad, y en función de la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal de Luxemburgo, éste ha de interpretarse como límite frente a la actividad limitadora de los derechos fundamentales a fin de moderar la sanción que supone la exclusión.

Tras la adopción de ésta medida, la persona tendría derecho a presentar un recurso ante la instancias jurisdiccionales del Estado⁶² y, en cualquier caso, no podría ser devuelta a su lugar de origen si corre el riesgo de sufrir persecución o torturas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH y Convención contra la Tortura). Ello no obstante, no le exonera de la debida represión del delito, a lo que estaría obligado el Estado miembro, ejerciendo su *ius puniendi* sobre el desplazado, y así evitar lo que de otro modo resultaría impunidad. Una vez se aplica la cláusula de exclusión, el Estado queda obligado a la sanción del delito y por el principio *aut dedere aut iudicare*, o bien a entregar a la persona excluida si de ésta se solicitare por parte de otro Estado o bien a juzgarla bajo su sistema nacional en caso de que no admita la extradición.

El principal obstáculo para la extradición se halla de nuevo en el artículo 3 del CEDH que no admite ninguna excepción ni siquiera en casos de emergencia pública que pudiera poner en peligro a la nación. De nuevo, la sombra de los atentados del 11 de septiembre se cierne sobre las clásicas instituciones de protección. Así, la Comisión “lanza un guante” al TEDH planteándole que en el futuro tendrá que decidir sobre las cuestiones relativa a la interpretación del artículo 3 CEDH, en particular, sobre la cuestión de hasta qué punto pueden oponerse las necesidades de protección del individuo a los intereses

61. *Cfr.* COMISIÓN EUROPEA. *Documento de trabajo de la Comisión. Relación entre la salvaguarda de la seguridad interior y cumplimiento de las obligaciones e instrumentos en materia de protección*. Bruselas, 05.12.2001, COM (2001) 743, final, p. 22.

62. En opinión de la Profesora Gortázar podía haberse incorporado alguna cautela sobre el carácter suspensivo de dichos recursos. GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. «La Protección Subsidiaria como concepto diferente a la Protección Temporal. Hacia un Derecho Comunitario Europeo en la materia», en (Fernández Sánchez, P. A. editor), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, *op. cit.*, p. 245, nota al pie número 49.

de seguridad del Estado⁶³. La cuestión es ciertamente relevante y da muestras del ambiente de sospecha que se respira. La dicotomía habitual entre la salvaguarda de la seguridad nacional y la debida protección de los derechos fundamentales de la que se debe un equilibrio necesario pudiera tambalearse en ciertos casos, especialmente relacionados con el terrorismo.

En el caso de los crímenes más graves (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión) a la represión nacional se une la internacional de la mano de la recién estrenada *Corte Penal Internacional*, primer tribunal internacional de estas características con competencia para juzgar –bajo los signos de la “complementariedad y la cooperación”– tales crímenes, que bajo ningún concepto han de quedar impunes⁶⁴.

63. Cfr. COMISIÓN EUROPEA. *Documento de trabajo de la Comisión. Relación entre la salvaguarda de la seguridad interior y cumplimiento de las obligaciones e instrumentos en materia de protección*, Bruselas, 05.12.2001, COM (2001) 743, final, p. 16.

64. Véase: AA.VV. *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Premio “Rafael Martínez Emperador” 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

I. CONSIDERACIONES GENERALES. EL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN Y SU NECESARIA COMPATIBILIDAD CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN LA MATERIA.

Atendiendo al Considerando 15 de la Directiva:

“Deberán establecerse las obligaciones de los Estados miembros en lo referente a las condiciones de acogida y residencia de las personas que disfruten de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. Tales obligaciones habrán de ser equitativas y proporcionar un nivel adecuado de protección a los interesados”.

Estas obligaciones que aparecen descritas en el Capítulo III (artículos 8 a 16)¹ suponen el logro del consenso en una de las materias más dispares si comparamos los distintos regímenes de protección temporal desarrollados en Europa. Una de las lecciones que extraíamos de la experiencia bosnia era precisamente la ausencia de un consistente estatuto de “acogido temporal”; más bien al contrario, dependiendo del país de acogida, estos desplazados

1. El Capítulo III de la Directiva se titula “Obligaciones de los Estados miembros para con los beneficiarios de la protección temporal”. Quisiéramos mostrar nuestra disconformidad con el razonamiento que al efecto de su enunciado ha adoptado D^a Karoline Kerber. La profesora considera que por el mero hecho de no enunciarse como “rights of persons enjoying temporary protection”, ello implica que las personas acogidas temporalmente no son titulares de esos derechos subjetivos ante los Estados miembros, ni pueden exigirlos judicialmente. *Cf.*: KERBER, K. «The Temporary Protection Directive», *op. cit.*, p. 201. Disentimos por completo de tal afirmación –que pudiera olvidar las peculiaridades básicas de toda Directiva–, pues en nuestra modesta opinión una vez se ha activado el procedimiento que inicia la Protección Temporal, los beneficiarios de la misma resultan acreedores de todos los derechos estipulados en el Capítulo III, inclusive ante las instancias judiciales que, de esta forma, estarían obligadas a garantizarlos en caso de violación estatal.

recibían un diferente estándar de tratamiento. En unos casos, ostentaban unos derechos similares a los de los refugiados, y en otros –en un intento de limitar el impacto económico en el país de acogida–, se disponían restricciones al acceso al mercado laboral o la reunificación familiar –no en vano, las principales diferencias entre las garantías normativas residían en el derecho al trabajo o las prestaciones sociales a otorgar a los beneficiarios del dispositivo².

Conscientes de que se trataba de una protección de carácter interino orientada al retorno de los desplazados a su lugar de origen, el dilema consistía en valorar si a mayor disfrute de derechos la persona pudiera sentirse más integrada en el país de acogida y, por ende, hallar mayores obstáculos para la vuelta a casa, o si las garantías de una adecuada calidad de vida durante la estancia, más allá de suponer trabas para el retorno, podía situarlos en mejores condiciones personales para su consecución –como así han demostrado algunos estudios posteriores³.

2. *Cfr.* Comentarios a la *Propuesta de Directiva* de 2000, para. 2.4, p. 4. COMITÉ DE LAS REGIONES, *Dictamen del Comité de las Regiones*, punto 6. BLACK, R.; KOSER, K. «Limits to Harmonisation: the “Temporary Protection” of Refugees in the European Union», *IMR*, vol. 37, nº 3, 1999, p. 535.

3. Asegurar una adecuada calidad de vida para los beneficiarios de la Protección Temporal encuentra numerosos argumentos a favor desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos de estos colectivos. Existen amplios estudios sobre las consecuencias psicológicas e incluso físicas, que puede llegar a tener sobre los desplazados una acogida por largos periodos de tiempo sin las debidas garantías, sin acceso al empleo, sin servicios sanitarios o reunificación familiar. Incluso atendiendo a una de las finalidades de la Protección Temporal, la repatriación, se han realizado investigaciones que avalan la teoría de que una acogida temporal en la cual los derechos de vivienda, salud, reunificación familiar, educación o acceso al mercado laboral estaban garantizados, finalmente, obtenían una repatriación con más éxito: BLACK, R.; KOSER, K.; WALSH, M. «Temporary Protection and Assisted return of refugees from the European Union», en *IJRL*, vol. 10, nº 3, 1998, p.458. BREKKE, J.P. «The Dilemmas of Temporary Protection-The Norwegian Experience», *op. cit.*, pp. 8-10. YAKOUB, N. «Report on the Workshop on Temporary Protection. Comparative policies and practices», *op. cit.*, pp. 617-633.

Resulta por tanto, penoso que en los Comentarios al *Proyecto de Directiva* de 2000, se haga referencia a las ventajas de un estándar de tratamiento tan elevado como medida disuasoria de la solicitud de asilo. El texto dice así:

“(…) En segundo lugar, deben ser bastante atractivas con el fin de evitar un número demasiado elevado de solicitudes de asilo (…)”.

Podía haberse evitado un comentario que pone en cuestión el compromiso adquirido por todos los Estados miembros de la Unión respecto al derecho de todo ser humano a buscar asilo y disfrutar de él. En este sentido, acogemos con satisfacción el parágrafo 2.9 del *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva*, cuyas observaciones por significativas y de contraste reproducimos a continuación:

“También es muy importante que, aunque se trate de un instrumento temporal, la Directiva implique la obligación de favorecer una integración, aunque sea limitada en el tiempo, de las personas desplazadas. El acceso al trabajo, la educación y la formación son útiles para quien se beneficia de la protección temporal porque permiten a las personas desplazadas subvenir, al menos parcialmente, a sus propias necesidades y formarse, llegando así a conocer los contextos sociales y culturales de los Estados miembros y superando con mayor facilidad los

Con esta Directiva, se pretende la armonización del estatuto jurídico de los beneficiarios de la Protección Temporal evitando una excesiva disparidad en el nivel de tratamiento a fin de asegurar un respeto uniforme a los derechos de los acogidos considerados básicos. Ello adquiere mayor sentido aún si tenemos en cuenta que la Directiva incorpora un sistema de reparto equitativo de los desplazados con objeto de equilibrar las cargas de los Estados en la acogida (artículo 25 de la Directiva). Esta manifestación de la solidaridad depende, en términos absolutos, de esa previa armonización sin la cual la distribución pudiera haber resultado discriminatoria.

Se trata, en todo caso, de una armonización de *mínimos*. Las obligaciones jurídicas que la Directiva estipula representan el básico común denominador que sólo cabe mejorar al alza. Recuérdese en este sentido el artículo 3.5 de la norma de Derecho derivado,

“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”⁴

Este “mínimo” es el garantizado y, por tanto, el que evita la discrecionalidad propia de las materias no regladas. Ahora bien, en aquello que la norma otorgue cierto margen de apreciación estatal o simplemente guarde silencio –pues la Directiva no está llamada a regularlo todo–, los Estados miembros estarían autorizados a determinar en qué medida hacen uso del margen de apreciación, así como, a llenar las lagunas que estimen oportunas.

Es por ello que no se trata de crear nuevos derechos en el marco del Derecho internacional público que suspendan aquellos ya creados por el Convenio de Ginebra o el CEDH. La Directiva no introduce un nuevo derecho a *buscar asilo temporal* en los Estados miembros de la UE, sino que se trata de armonizar los sistemas ya existentes.

De nuevo en virtud del Considerando 15, cabe observar que exige que estas obligaciones sean *equitativas* y que proporcionen un *nivel adecuado de protección* a los interesados. Según los Comentarios al *Proyecto de Directiva* de 2000,

traumas que han padecido. Para que el acceso sea efectivo, es indispensable fomentar el aprendizaje de la lengua del país de acogida, poniendo a disposición de todos los instrumentos y las estructuras necesarias. La integración representa también para la UE una inversión en recursos humanos que produce una red de contactos y sensibilidad entre las personas: una vez regresen al país de origen, quienes se han beneficiado de la protección temporal pueden convertirse en multiplicadores de conocimientos y puntos de referencia potenciales para las relaciones entre las sociedades de los países de la UE y de los países de origen. También de este modo la Directiva aporta una contribución parcial, pero directa y sustancial, a la política de paz, seguridad y relaciones internacionales de la UE (...).”

4. También el Considerando número 12.

“(…) el nivel de las obligaciones de los Estados miembros para con los beneficiarios ha de responder a varios imperativos. En primer lugar, éstas deben ser equitativas ya que, por una parte, han de responder a las tradiciones humanitarias europeas y, por otra parte, probablemente entre las personas interesadas se encuentren numerosos refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra (...)”⁵.

Habida cuenta de que los beneficiarios de la Protección Temporal no sólo pudieran satisfacer los requisitos de la Convención de 1951 –por lo que tendrían derecho al estándar mínimo estipulado para los solicitantes de asilo–, sino y, de forma principal, se trata de poblaciones respecto de las cuales la más alta instancia comunitaria ha reconocido su necesidad de protección, se ha de proceder a atender las distintas obligaciones internacionales de los Estados miembros, en la materia, para ver de qué forma la Directiva se acomoda a ellas. Se analizará tanto a nivel internacional –especialmente en el marco del Convenio de Ginebra–, como a nivel europeo –en concreto atendiendo a las obligaciones que derivan del Consejo de Europa y de la propia CE.

1. MARCO INTERNACIONAL.

La mayor parte de los autores coinciden en utilizar como parámetros de comparación los siguientes instrumentos jurídicos: la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, los *Pactos de Derechos Civiles y Políticos*, *Económicos, Sociales y Culturales* el *Convenio contra la Tortura* o el *Convenio sobre los Derechos del Niño*, todos ellos aplicables a los desplazados *mutatis mutandi*, al reconocer que se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana⁶.

No obstante, en atención al colectivo de personas vulnerables beneficiarias de la protección de la Directiva, se habrá de prestar especial atención a las obligaciones derivadas del Convenio de Ginebra de 1951 y a las recomendaciones de ACNUR, en especial aquellas dedicadas a las personas acogidas con carácter temporal⁷. Como adelantaba el *Proyecto de Directiva* de 2000,

5. *Proyecto de Directiva* de 2000, para. 5.6, pp. 8-9.

6. Recordemos, en este sentido, los Preámbulos de los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966, España: instrumentos de adhesión: 27 de abril de 1977, *BOE*: 30 de abril de 1977) y Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966, Instrumento de adhesión de España: 27 de abril de 1977, *BOE*: 30 de abril de 1977).

7. Ya en 1981, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado dedicó su Conclusión nº 22 (XXXII), al estudio del trato que debía darse a las personas en busca de asilo admitidas temporalmente en un país. *Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, 1981 (32º período de sesiones del Comité Ejecutivo).

Su posición sobre las condiciones de trato ha sido la siguiente:

El Comité Ejecutivo ha acordado que los beneficiarios de la protección internacional deberían recibir un trato coherente con las normas humanitarias básicas (Conclusión nº 19, para. e). Entre las condiciones de trato a los beneficiarios de protección temporal en materia de derechos civiles y políticos acordadas por el Comité Ejecutivo, se encuentran:

muchos de los beneficiarios de la Protección Temporal pueden ser potenciales refugiados, y por tanto, serle de aplicación algunas de las disposiciones inscritas en dicho Convenio, los derechos de los llamados *asylum seekers* son aplicables a los beneficiarios de la Protección Temporal⁸.

La prohibición de discriminación del artículo 2.2 del PIDESC obliga a tratar a las personas protegidas temporalmente de modo similar al de otras personas en situación análoga. Estos colectivos de desplazados se sitúan a medio camino entre los solicitantes de asilo y los refugiados reconocidos. Desde el momento en que los Estados los han admitido confirmando su necesidad de protección internacional merecen mejor tratamiento que los anteriores⁹. En líneas generales y en comparación con las recientes disposiciones al respecto adoptadas en el marco europeo, consideramos que así es¹⁰.

- Que no se les debe castigar o exponer a trato desfavorable por el mero hecho de considerar ilegal su presencia en el país (Conclusión nº 22, parte II B, para. 2.a).
- Que no deben imponerse otras limitaciones a sus movimientos más que las necesarias en interés de la salud pública y el orden público (Conclusión nº 22, parte II B, para. 2.a.)
- Que deben ser previstos de documentación apropiada, en cooperación con el ACNUR, cuando corresponda (Conclusión nº 35, para. f).
- Que no se les debe someter a trato cruel, inhumano y degradante y deben disfrutar de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente, en particular los enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Conclusión nº 22, Parte II B, para. 2.b y d).
- Que no debe haber discriminación alguna por motivos de raza, religión, opinión política, nacionalidad, país de origen o incapacidad física (Conclusión nº 22, Parte II B, para. 2.c).
- Que se les debe considerar personas ante la ley con libertad de acceso a los tribunales y a otras autoridades administrativas competentes (Conclusión nº 22, Parte II B, para. 2.f).
- Que es preciso respetar la unidad familiar y prestarles toda ayuda posible para la localización de familiares (Conclusión nº 22, Parte II B, para. 2.h, e i).

En el área de los derechos económicos, sociales y culturales deben recibir toda la asistencia necesaria y deben satisfacer sus necesidades vitales básicas, incluida la provisión de alimentos, techo y servicios básicos de higiene y salud (Conclusión nº 22, Parte II B, para. 2.c).

El Comité ha afirmado, además, que deben adoptarse las medidas necesarias para proteger a los menores y en especial a aquellos no acompañados (Conclusión nº 22, Parte II B, para. 2.j).

En lo referente a las soluciones duraderas (*durable solution*), el Comité ha recomendado que se preste a los beneficiarios de protección temporal todos los servicios necesarios que les permitan conseguir una solución duradera satisfactoria y, en particular, deben adoptarse todas las medidas posibles para facilitar la repatriación voluntaria (Conclusión nº 22, Parte II B, para. 2.n y p).

Quisiéramos llamar la atención sobre cómo las exigencias de ACNUR, al ir dirigidas al conjunto de Estados miembros de la comunidad internacional, han de ser necesariamente menos ambiciosas en comparación con aquellas exigibles a los Estados miembros de la UE.

8. Para el análisis de la compatibilidad de las obligaciones jurídicas internacionales con la Directiva, el artículo de Walter Kälin se ha convertido en una de las mejores aportaciones de la doctrina: «Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism», *op. cit.*, pp. 220-227.

9. KÄLIN, W. «Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism», *ibidem*, p. 225.

10. La *Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros*, (DOCE nº L 31, de 06/02/2003, pp. 018-025), no resulta de aplicación para los beneficiarios de la Protección Temporal (el artículo 3.3 de la misma excluye esta posibilidad mientras dure dicho estatuto), en cualquier

Las garantías del Convenio de Ginebra han sido clasificadas en virtud de tres criterios¹¹:

1. Derechos garantizados en virtud de la *presencia* en el territorio: algunas disposiciones se refieren a los refugiados que se hallan en el territorio, independientemente de si esa presencia es legal o no. Estos derechos también son aplicables a los solicitantes de asilo. En este grupo encontramos derechos tan importantes como la no discriminación (artículo 3 Convenio de Ginebra) o el principio de *non refoulement* (artículo 33 Convenio de Ginebra).

A este respecto, se echa en falta el artículo 15 de la *Propuesta de Directiva* de 2000 dedicado a prohibir la discriminación, disposición redactada en términos muy amplios –a la luz de nuestros tiempos–, y que en ese sentido, superaba los supuestos contemplados en Ginebra¹². En la Directiva vigente desaparece, sin razón aparente –si bien se hace mención a las obligaciones internacionales al respecto en el Considerando número 16 de la Directiva¹³.

Dicha laguna no tiene mayor trascendencia sustantiva, pues los Estados miembros se hallan obligados a garantizar la ausencia de discriminación en virtud del Derecho comunitario (véase el art. 13 TCE¹⁴), así como el resto de

caso, consideramos que ambas figuras obtienen un estatuto parecido, sólo en algún caso más favorable para los acogidos temporales (compárese el artículo 11.1 y 2 de la *Directiva de normas mínimas*, con el artículo 12 de la Directiva de Protección Temporal, ambos sobre acceso al mercado laboral).

11. Seguimos al profesor GOODWIN GILL, G.S. *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 307-311. También: KÄLIN, W. "Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism", *op. cit.*, pp. 220-222.

12. Artículo 3 Convenio de Ginebra:

"Los Estados contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen".

Artículo 2.2 *Propuesta de Acción Común* de 1997:

"Los Estados miembros aplicarán las disposiciones de la presente Acción común sin discriminación por motivos de raza, religión o nacionalidad".

Artículo 15 de *Propuesta de Directiva del Consejo* de 2000:

"Los Estados miembros aplicarán las obligaciones contempladas en los artículos 8 a 14 sin discriminación entre los beneficiarios en razón de sexo, raza, origen étnico, nacionalidad, religión o convicciones, minusvalía, edad u orientación sexual".

Redacción parecida a la finalmente adoptada para la *Carta de Derechos Fundamentales*, aunque esta incorpora algún supuesto más: artículo 21:

"Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual".

13. Considerando número 16: "En relación con el tratamiento de las personas que disfruten de protección Temporal en virtud de la presente Directiva, los Estados miembros se hallan vinculados por obligaciones establecidas en razón de instrumentos de Derecho internacional de los que son Partes y que prohíben la discriminación".

14. De forma específica –recuerda la Profesora Mangas Martín–, el TCE da un paso concreto en orden a la protección de algunos derechos fundamentales al reconocer que el Consejo de la UE puede adoptar normas para impedir las discriminaciones que no respetan la común dignidad de

instrumentos internacionales y nacionales de protección de los derechos fundamentales. No obstante, valoramos negativamente su eliminación, en especial, por lo avanzado de su redacción.

En cuanto al importante principio de *non refoulement*, piedra angular del sistema de protección de los refugiados, no aparece dentro de las obligaciones de los Estados miembros para con los beneficiarios de la Protección Temporal –en el capítulo III–, sino como principio interpretativo en el artículo 3.2 de la Directiva, el cual estipula que:

“Los Estados miembros aplicarán la protección temporal respetando debidamente los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo con sus obligaciones en materia de no devolución”.

El principio de no devolución, norma consuetudinaria (de *ius cogens*) de obligado cumplimiento para todos los Estados sean o no partes en el Convenio de Ginebra, prohíbe –como ya se vio en el Capítulo Primero de este trabajo– el retorno al país en el que pudieran sufrir persecución de aquellos que han entrado en el Estado de refugio, y también el rechazo en frontera. El principio protege no sólo a los que han sido considerados refugiados sino también a todos aquellos que solicitan el estatuto y que aún no han sido rechazados en un procedimiento formal, por lo tanto, aquellos beneficiarios de la acogida temporal estarían cubiertos por esta disposición¹⁵.

Otros artículos del Convenio de Ginebra aplicables en este apartado como el 4 (religión), 22 (educación), ó 27 (documentos de identidad), son trasladados a la Directiva como veremos a continuación, y los que no aparecen de forma expresa pudiera considerarse que estarían cubiertos por la *omnibus clause*.

todo ser humano: las que son debidas a su raza, etnia, sexo, lengua, religión, discapacidad, orientación sexual, etc. (art. 13 del Tratado CE). Se trata, pues, del reconocimiento de una obligación general asumida como propia y garantizada en el seno comunitario. En este sentido, la Comunidad Europea aprobó una Directiva desarrollando la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independiente de su origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE, DOCE, nº L 180 de 19.7.2000, p. 22). MANGAS MARTÍN, A. «Reflexiones en torno al “proceso de constitucionalización” de la integración europea», en (Mariño Menéndez, F.M. editor) *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, op. cit., p. 430.

15. Cfr. ACNUR, Comité Ejecutivo. Conclusión número 6; 19, para. a; 22 parte ii (a); 74, para. r). Es importante resaltar además que tal y como ha afirmado el Profesor Mariño Menéndez, el principio de *non refoulement* resulta una norma autoejecutiva en el sentido de que debe ser aplicada inmediatamente por las autoridades internas, judiciales, administrativa y otras, y que, más todavía, debe ser interpretada por éstas en el sentido de que atribuye a toda persona extranjera un «derecho a no ser devuelta», derecho que debe poder ser alegado directamente por la persona afectada ante las indicada autoridades. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. «El asilo y sus modalidades en Derecho Internacional», en (Mariño Menéndez, F.M. editor), *Derecho de Extranjería. Asilo y Refugio*, op. cit., pp. 514-515.

El artículo 3.2 de la Directiva estipula que los Estados miembros aplicarán la protección temporal respetando debidamente los derechos humanos y las libertades fundamentales. Se trata de la llamada *omnibus clause*, en virtud de la cual aquellos derechos de los que sean titulares en virtud de normas generales, pero no se recojan de forma expresa en el dispositivo de la Directiva quedarían amparados por esta cláusula.

2. *Lawful presence*: derechos garantizados a aquellos autorizados a permanecer legalmente, lo que no tiene por que equivaler a la concesión de un permiso de residencia. Así, artículo 18 (empleo) ó 26 (libertad de movimiento).

3. Y por último, los artículos que se refieren a la *lawful residence*¹⁶: artículo 15 (derecho de asociación); artículo 17.1 (empleo remunerado); artículo 19 (profesiones liberales); artículo 21 (vivienda); artículos 23 (asistencia pública), artículo 24 (legislación del trabajo y seguros sociales) y artículo 28 (documentos de viaje).

La mayoría de los derechos garantizados por el Convenio de Ginebra se refieren a refugiados que residen en el territorio. Estas garantías podrían ser invocadas por aquellos potenciales refugiados que están protegidos en una base temporal después de un cierto periodo de tiempo, tras el cual, el retorno no parece inminente. Dadas estas circunstancias, podría pensarse que estas disposiciones no son aplicables a los beneficiarios de la Protección Temporal desde el momento en que su acogida tiene una duración limitada; así puede entenderse que las garantías sanitarias del artículo 13.2 de la Directiva no logre el nivel de asistencia que el artículo 23 del Convenio de Ginebra o no disfruten de los documentos de viaje del artículo 28 del mismo.

En cualquier caso, los beneficiarios de la acogida disfrutarían, a parte de estas garantías normativas, de aquellas judiciales que le permitieran interponer un recurso en caso de incumplimiento de sus derechos fundamentales.

La Directiva dedica a estas materias el artículo 29, de cuyo tenor así como del estudio de los trabajos preparatorios de la misma, pudiera deducirse que el derecho a la interposición de recurso se predica, en exclusiva, respecto de determinadas áreas. Según esta disposición:

“Las personas que hayan sido excluidas de los beneficios de la protección temporal o de la reunificación familiar por un Estado miembro podrán interponer un recurso jurisdiccional en el Estado miembro de que se trate”.

En virtud de la administración descentralizada característica de la estructura comunitaria son los Estados los encargados de satisfacer este derecho funda-

16. Existe una última distinción referente a las disposiciones que toman en consideración el *domicilio o residencia habitual*. Al estar destinadas a refugiados con un estatuto permanente no son relevantes en el ámbito de la Protección Temporal.

mental a través de sus propias instituciones administrativas y judiciales, no resulta, en consecuencia, la administración comunitaria la encargada de la vigilancia y sanción de aquellas posibles infracciones estatales de la Directiva –a salvo del control ejercido por la Comisión–. Como puede comprobarse, el precepto se refiere a dos supuestos concretos: la aplicación de la cláusula de exclusión del artículo 28 por la que dejarían de ser considerados beneficiarios de la Protección Temporal, así como en el supuesto de denegación de la solicitud de reunificación familiar (derecho adquirido en virtud del artículo 15). En ambos casos, los beneficiarios tendrían reconocido el derecho a solicitar una revisión de tal decisión negativa en las instancias jurisdiccionales¹⁷.

La Directiva como norma de mínimos no puede entrar a regular una materia tan compleja como la “tutela judicial efectiva” en sentido amplio, su objetivo fundamental es que, al menos, en los casos de exclusión de la protección temporal y los de negativa a la reunificación familiar –considerados de mayor trascendencia para el individuo–, este derecho quede plenamente garantizado. Ésta resulta la barrera infranqueable o ineludible que, en todo caso, los Estados, en virtud de sus obligaciones constitucionales debieran regular al alza¹⁸.

Podemos afirmar que, en realidad, resultaría muy difícil negar el derecho a interponer un recurso en relación con cualquier otro derecho perteneciente al estatuto de los acogidos temporales en función del derecho a la tutela judicial efectiva, según la clásica tradición europea.

En términos más contundentes se expresa el Profesor Hofmann quien considera que las personas que disfrutan de protección temporal son titulares de todos los mecanismos jurisdiccionales de derechos humanos y pueden invocarlos ante cualquier foro. Son titulares de todas las garantías constitucionales del país en el que se encuentren frente a las injerencias del poder público¹⁹.

2. MARCO EUROPEO.

Los Tratados que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se hallan ampliamente superados en el marco del Consejo de Europa, con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, a los que unimos la *Carta Social Europea*. Se trata de importantes garantías no sólo normativas sino también jurisdiccionales que han dado pruebas de eficacia respecto a la protección de las personas desplazadas, ya que tal y como se dispone en el

17. En la *Propuesta de Directiva de 2000* también se preveía el acceso a las vías de recurso jurisdiccional tan sólo en estos supuestos. Artículos 13.6 y 29.

18. No es el caso de España, en cuyo *Reglamento sobre el régimen de protección temporal* no recoge ninguna disposición al respecto.

19. HOFMANN, R. «Das Konzept des Vorübergehenden Schutze (Temporary Protection): Regionales Völkerrecht durch Art. 63 Abs. 1 nr.2 EGV». *op. cit.*, p. 880.

artículo 3 del Tratado fundacional del Consejo de Europa, cada uno de los Estados miembros reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales²⁰.

En el marco comunitario, los Estados tienen importantes obligaciones en relación con los derechos humanos y los principios de libertad, democracia y Estado de Derecho; principios comunes a la Unión y a los Estados miembros –artículo 6.1 incorporado por el Tratado de Amsterdam²¹.

Junto con las obligaciones estipuladas en los Tratados también será de interés la jurisprudencia del TJCE así como la recién estrenada *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que a pesar de tratarse de una declaración política que no ha quedado incorporada al Tratado CE, obtiene una relevancia jurídica innegable²².

En cualquier caso, como mecanismo de garantía normativa para los beneficiarios de la Protección Temporal tiene un efecto limitado en función de su ámbito de aplicación. El núcleo duro de los derechos, esto es, los que más propiamente podrían denominarse derechos fundamentales (vida, dignidad, integridad, libertad ideológica y religiosa) sería accesible para *todos* los presentes en la Unión, mientras que el resto de los derechos *humanos* previstos en

20. En efecto, en principio, la *titularidad* de los derechos reconocidos en el CEDH puede corresponder a cualquier persona situada bajo la jurisdicción, o, si se prefiere, «dependiente de la jurisdicción», de un Estado parte (artículo 1 CEDH), cualquiera que sea su nacionalidad y su lugar de residencia.

21. En opinión de la Profesora Mangas Martín: «La construcción europea no se limita, pues, a los objetivos económicos, sino que su objetivo es crear un espacio de paz, como ha reiterado en numerosas ocasiones el PE, por lo que el compromiso con los derechos humanos no se circunscribe a la relación jurídica convencional entre el Estado parte del CEDH y las instituciones propias del CEDH o de otros tratados internacionales (por ejemplo, el Convenio sobre Protección de Minorías o el Estatuto de Refugiados). Como espacio de paz, la obligación de respeto de los derechos humanos y de su activa promoción es una obligación jurídica comunitaria (art. 6.1) y una condición esencial del éxito del proyecto europeo por lo que es un requisito expreso de ingreso e, implícito, de permanencia de pleno derecho en la entidad política comunitaria: todo ser humano que habite en la UE, cualquiera que sea su nacionalidad, ha de ser considerado beneficiario de ese valor universal y común cual es el respeto a los derechos humanos en todo el territorio de los Estados de la UE». MANGAS MARTÍN, A. «Reflexiones en torno al «proceso de constitucionalización» de la integración europea». *op. cit.*, p. 430.

22. *DOCE* nº C 364 de 18/12/2000, pp. 1-22. Sus efectos son evidentes desde el momento en que la Carta puede considerarse como un instrumento jurídico que condensa y expresa las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea. Aquí radica el convencimiento del profesor Carrillo Salcedo sobre su valor normativo: «por su contenido, su rigurosa formulación jurídica y su valor simbólico, la Carta llegará a ser obligatoria a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en tanto que síntesis y expresión de los principios generales del Derecho comunitario». CARRILLO SALCEDO, J.A. «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea» en *RDCE*, nº 9, 2001, pp. 18-19.

En el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, queda incorporada en la Parte II.

el CEDH e incorporados al Derecho comunitario, a través de los principios generales y a través de la Carta, tendría un ámbito de aplicación subjetivo más reducido, pues en ciertos casos sus beneficiarios serían tan sólo los nacionales. No obstante, es interesante reseñar que está siendo invocada en los recientes instrumentos jurídicos adoptados, o en proceso de adopción, en el marco del sistema europeo común de asilo²³.

Centrándonos en el estándar mínimo exigible, se ha de recordar –siguiendo al Profesor Mariño Menéndez –, que la regulación comunitaria se funda en la primacía de la Convención de Ginebra de 1951 y de las normas internacionales pertinentes, universales o regionales, que protejan los derechos humanos. En consecuencia son admitidos como fundamentales dentro de ella principios del Derecho (Internacional) de los derechos humanos como son: el principio de «no devolución», el de no discriminación en la titularidad y goce de los derechos humanos, el de protección de los «datos personales», el de equidad procesal, el de protección del derecho de recurso individual contra decisiones negativas, el de igualdad entre hombre y mujer, el de protección del interés superior del niño²⁴. Por lo que respecta a la protección de la unidad familiar, el Profesor Fernández Sánchez ha matizado que a pesar de que no existe un derecho humano a la reagrupación familiar, los Estados disponen de un margen de apreciación que permite garantizar el respeto a la vida de familia (cuya garantía no es absoluta) y los legítimos intereses de los Estados. Dicho margen de apreciación no puede ser ni discriminatorio ni arbitrario. De esta manera, cuando se invoque el reagrupamiento familiar para ingresar en un territorio estatal o para no ser expulsado del mismo, el Estado sólo puede

23. *Directiva sobre Refugiados y Protección Subsidiaria*, Considerando nº10.

Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, (COM (2002), Bruselas, 18/06/2002), Considerando número 9.

Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros, (DOCE, nº L 31, 06/02/03), Considerando número 5.

Reglamento (CE) Nº 343/2003 del Consejo de 28 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, (DOCE, nº L 50, 25/02/2003, pp. 1-10), Considerando número 15.

24. Junto a ellos, se recogen otros principios específicos del ámbito del asilo como son el de la asignación obligatoria a un concreto Estado de la responsabilidad del examen de una solicitud de asilo, presentada ante un Estado de la Unión, el de determinación específica de las categorías de los excluidos de la protección del «asilo», el de la institucionalización de procedimientos para distribuir de modo equitativo, entre los Estados miembros, las cargas económicas y sociales de la «acogida protectora», el principio que otorga el beneficio de la duda al solicitante de asilo de buena fe y el principio de integración progresiva en la sociedad de acogida y de equiparación a la condición de los «nacionales» de los residentes extranjeros de larga duración. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. «La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo», *op. cit.* p.475.

negarlo cuando no se violen otros derechos fundamentales o cuando las razones que alegue sean razones de orden público estatal. No cabe, pues, ni el arbitrariedad ni el automatismo²⁵.

En definitiva, y adelantándonos a una posible valoración final de este capítulo, pudiera considerarse que el estándar de tratamiento conseguido en el dispositivo de Protección Temporal, no sólo es compatible con las obligaciones internacionales al respecto sino que resulta bastante satisfactorio, con las salvedades que veremos a continuación²⁶. Conseguida la naturaleza temporal de la protección, garantizar unos derechos que han superado todas las expectativas no resultaba tan gravoso para unos Estados que ya contaban con versiones de la protección temporal en sus ordenamientos internos y que, en muchos casos, resultaban bastante generosas. Las más vivas discusiones, durante la elaboración de la Directiva, por tanto, no se libraron en estas lindes una vez que estaba garantizada que la protección sería por un tiempo determinado y que existía un compromiso inicial de compartir la responsabilidad sobre dicha acogida (solidaridad comunitaria).

II. DERECHOS GARANTIZADOS.

A continuación se analizan los derechos adquiridos por los beneficiarios de la Protección Temporal una vez decidida ésta por el Consejo e instalados en el territorio de los Estados miembros. Se trata, por tanto, de un estatuto pensado con carácter estable para todo el periodo de duración de la acogida, pues no se considera la posibilidad de establecer un previo dispositivo de emergencia para la primera fase del desplazamiento –laguna finalmente salvada por la normativa de transposición de algunos países²⁷.

El estatuto descrito por la Directiva en su capítulo III conforma una serie de garantías mínimas a satisfacer, en exclusiva, por los Estados, pues ninguna

25. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. «El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros», en *Derecho y conocimiento*, vol. 1, 2001, p. 395.

26. El Profesor Hofmann considera que el dispositivo de Protección Temporal atribuye a todas las personas, un estatus superior al que sería exigible desde el punto de vista de los derechos humanos. HOFMANN, R. «Das Konzept des Vorübergehenden Schutze (Temporary Protection): Regionales Völkerrecht durch Art. 63 Abs. 1 nr.2 EGV», *op. cit.*, p. 880. Los halagos del Alto Comisionado son significativos: La Oficina tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el *Proyecto de Directiva de 2000*, el cual consideraba que:

“(…) trataba de manera muy completa las condiciones de trato que han de ser concedidas a los beneficiarios de protección temporal. Las condiciones incluidas en la propuesta son plenamente coherentes con las que requieren los principios de la protección internacional y, por tanto, ACNUR las apoya fuertemente (...)”.

ACNUR: *Comentario de ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de Afluencia Masiva*, p. 3.39.

27. El Parlamento Europeo había dispuesto la necesidad de distinguir entre una primera etapa de auxilio inminente y el subsiguiente régimen de protección temporal. En la enmienda número 16 incorporaban un artículo del siguiente tenor que sería el primero del capítulo III:

disposición se establece con objeto de regular –si quiera en su carácter más esencial– la participación de otras entidades ya fueran de carácter nacional o internacional. Con independencia del artículo 3.3 que regula *grosso modo* la colaboración del Alto Comisionado a través de consultas regulares, es de esperar que muchas de las funciones estatales, que a continuación se van a analizar, se lleven a cabo no sólo a través de los organismos públicos sino también a través de otros interlocutores sociales con larga experiencia en el terreno²⁸.

“Cuando se produzca una afluencia masiva de personas necesitadas de protección temporal en uno o varios de los Estados miembros, éstos dispondrán las acciones para la atención de sus necesidades humanas inmediatas, en especial, alojamiento manutención y atención médica. Transcurrida la fase de emergencia y registrados todos los afectados, se evaluará la situación del colectivo, así como las causas que provocaron su huida dando comienzo al régimen de protección temporal”.

PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva del Consejo*, op. cit., p. 13.

Fiel a la recomendación del PE, el *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal* dispone: Artículo 8: “1. Cuando, a consecuencia de un conflicto o disturbio grave de carácter político, étnico o religioso, se acerquen a fronteras españolas o entren en territorio español un número importante de personas, y resulten insuficientes las previsiones de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y las de su Reglamento de aplicación, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, el Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, con la colaboración de las unidades administrativas responsables en la materia, ordenará las actuaciones necesarias para atender sus necesidades humanas inmediatas, en especial, alimentación, alojamiento y atención médica, y convocará a la Comisión Interministerial de Extranjería para dar cuenta de la situación. 2. La Oficina de Asilo y Refugio y la Comisión General de Extranjería y Documentación, en cooperación con la Dirección General de Protección Civil y las instituciones públicas y privadas que estimen pertinentes, efectuarán la inscripción de los afectados y hará una evaluación de la situación del colectivo en función de las circunstancias personales de sus componentes. 3. El informe que resulte de esta valoración irá acompañado de una descripción de las necesidades de protección del colectivo. El Director General de Extranjería e Inmigración presentará el informe a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio para su análisis y remisión a la Comisión Interministerial de Extranjería. A la sesión de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio se convocará al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados”.

El Comité Económico y Social se detiene en este interesante presupuesto del que destaca cuáles serían las condiciones básicas de una previa infraestructura de urgencia en atención a las cualidades de los desplazamientos en masa:

“El CES solicita a todos los Estados miembros que programen preventivamente (...) una infraestructura de urgencia que pueda activarse en el momento oportuno para la gestión de las afluencias masivas, en particular en lo que se refiere a:

- una red de interpretes preparados para intervenir desde las primeras llegadas;
- una adecuada transparencia y simplificación de los procedimientos administrativos;
- la disponibilidad de estructuras de alojamiento;
- la asistencia sanitaria, psicológica y la orientación-acompañamiento;
- el acceso a la educación y a la formación;
- el acompañamiento para la integración”.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva*, op. cit., para. 2.14.1

28. El Comité Económico y Social destacaba la labor de las ONGs a nivel nacional para “(...) facilitar la actividad laboral, la formación y la educación de las personas desplazadas, pero

1. PERMISOS DE RESIDENCIA Y VISADOS.

La primera obligación de los Estados miembros consistirá en permitir la entrada en el territorio a las poblaciones acogidas. Para ello, en el supuesto de que los desplazados provengan de países en los que exista la obligación de visado, la Directiva establece (artículo 8.3) que se les ofrecerán todas las facilidades para la obtención de los mismos, incluidos los de tránsito —éstos últimos para el caso de programas de evacuación.

A falta de disposición concreta que obligue a entregar los visados en un momento determinado, los Estados se comprometen a reducir los trámites a la mínima expresión, con objeto de evitar mayores perjuicios en estas situaciones de emergencia²⁹.

En cuanto al coste de la tramitación, la Directiva sugiere a los Estados que los visados sean gratuitos o al menos que sus costes sean reducidos al mínimo. En cualquier caso, lo deja a discreción de los mismos.

Habrá que analizar la compatibilidad de esta disposición con los restantes instrumentos jurídicos europeos que pueden hacer este acceso al territorio imposible o poco probable. Da la sensación de que se esté considerando en todo momento la activación del dispositivo de Protección Temporal a través de una evacuación controlada, en cuyo caso se excepcionan dichas disposiciones. No obstante, queda por delimitar de qué manera se va a hacer compatible las disposiciones de esta Directiva con todas las normas de *non entrée* aún vigentes, para los casos de desplazamientos espontáneos.

La norma no trata explícitamente la admisión “inmediata” en el territorio de los solicitantes que forman parte de una afluencia a gran escala, de ahí los problemas planteados —cabe recordar como, tras la crisis kosovar, numerosos Estados se apresuraron a imponer férreos controles en frontera (visado entre otros), para evitar la llegada de un gran número de desplazados—. En este sentido, el Parlamento Europeo sugería en su enmienda número 19 adoptar un nuevo artículo 8, apartado 3 bis que estipulara:

“Los Estados miembros otorgarán a los beneficiarios de la protección temporal acceso a su territorio”

también para organizar su acogida en viviendas adecuadas y determinar sus necesidades específicas, especialmente las sanitarias. De hecho, la experiencia demuestra que la gestión de las crisis que ya hemos experimentado ha podido aprovechar en gran medida la actividad y la competencia de dichas organizaciones que, en el pasado, se hicieron plenamente cargo en algunas ocasiones de la acogida y suplieron eficazmente las carencias administrativas y normativas de los Estados miembros”. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva. op. cit.*, para. 2.14.

29. En este sentido recomendaba el Consejo de Europa: “Persons in need of international protection should, for their safety, be admitted to the country where they first seek protection with only minimal formalities”. CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. *Recomendación Nº R (2000) 9 on temporary protection*. Primera Recomendación.

Y en la enmienda número 20:

“Los Estados miembros no impondrán ninguna nueva medida como obligaciones de visado o sanciones por el transporte de personas que pudieran impedir a los refugiados obtener protección temporal. Cuando tales medidas ya estén en vigor, se suspenderán temporalmente en toda la Unión Europea en caso de que limiten los derechos de las personas cubiertas por la presente Directiva”³⁰

En el mismo sentido ACNUR, recomendaba –vigorosamente–, la inclusión en el borrador de la Directiva de una disposición a fin de que, en lo que se refiere a los países respecto a los que existe un acuerdo de protección temporal:

“Los Estados miembros no introduzcan ningún requisito de visado, o si ya lo hubieran hecho, que lo retiren; y, que no se impongan sanciones a los transportistas que lleven a solicitantes de asilo indebidamente documentados”³¹.

Estas enmiendas nunca se incorporaron, por lo que queda bajo interrogantes las cuestiones suscitadas.

Una vez en el territorio, los Estados miembros expedirán un permiso de residencia válido para todo el periodo de duración de dicha protección³². Así

30. El Parlamento justificaba la incorporación del artículo porque sin acceso al territorio la protección temporal carecía de sentido. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, pp.14-15.

31. A pesar de esta matización, queda por resolver qué ocurre con aquellos desplazados respecto de los cuales no existe aún acuerdo de protección temporal y se hallan en la necesidad de acceder al territorio.

ACNUR. *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*.

También: AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Response to the European Commission's proposal for a Council Directive on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measure promoting a balance of efforts between Member State in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, p.5

32. El permiso de residencia aparece descrito en el artículo 2, g) de la Directiva del siguiente modo: “cualquier permiso o autorización expedido por las autoridades de un Estado miembros y materializado según su legislación, por el que se permite a un nacional de un tercer país o a un apátrida residir en su territorio”.

No sólo se expedirán permisos de residencia a las personas beneficiarias de la Protección Temporal sino también a las “personas reagrupadas”: *vid.* artículo 15.6 de la Directiva.

En virtud de la normativa española de transposición de la Directiva, los desplazados han de solicitar formalmente la expedición del permiso. En concreto, el artículo 16 estipula: “1. A los beneficiarios de la protección temporal se les concederá un permiso de residencia al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.3.a) del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y sus renovaciones serán anuales previo informe de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio sobre la vigencia del régimen de protección temporal. 2. A fin de obtener el permiso de residencia regulado en el apartado anterior, así como cualquiera de sus renovaciones, los interesados deberán solicitarlo mediante comparecencia personal ante los

lo recoge el artículo 8.1 de la Directiva, el cual sin embargo, no concreta la duración del permiso o permisos que los Estados miembros han de otorgar a los beneficiarios de la acogida³³. Dicho margen de apreciación, no obstante, no lleva aparejada mayor libertad en cuanto al contenido sustantivo del mismo. Cualquiera que sea la duración estipulada por el Estado, el trato concedido a los beneficiarios no podrá ser menos favorable que el definido en los artículos 9 a 16 —siguiendo el tenor de la disposición segunda del artículo 8. Se trata de un estatuto que no viene parejo del permiso de residencia sino de la decisión comunitaria. Se salva así la distancia entre las prerrogativas propiamente soberanas de los Estados y sus obligaciones respecto del Derecho comunitario.

No se dispone ninguna medida sobre la necesaria urgencia con la que deben ser expedidos estos documentos. Tanto el Parlamento Europeo como otras organizaciones coincidieron en sugerir que se hicieran con la “máxima celeridad” posible, no obstante, se mantuvo el silencio en el texto definitivo³⁴.

Sólo se garantiza la residencia en el territorio del Estado de acogida, por lo tanto, el artículo 8 no supone un derecho de residencia en todos los Estados miembros de la UE. De ahí que no se haya considerado de recibo la articulación de un único documento de viaje e identificación del acogido temporal válido en todo el territorio comunitario. El permiso de residencia se expide en función de la legislación de cada Estado (artículo 2 g.). La Protección Temporal, pues, resulta ser una iniciativa europea con estatus nacional, a la vista de lo limitada de la cooperación entre los Estados miembros.

Un ejemplo de esta limitación se produce, precisamente, respecto del *traslado de residencia intracomunitario*, regulado en el artículo 26 de la Directiva. A solicitud del interesado dirigida al Estado de acogida, y con conocimiento de la Comisión así como del ACNUR, se autorizará el traslado del desplazado para lo que se expedirá un salvoconducto³⁵. De esta forma se pone fin al permiso de residencia del Estado que se abandona.

Este tema plantea el problema de la compatibilidad entre el deseo de movilidad de los desplazados y la capacidad de acogida de los Estados miem-

oficinas de extranjeros o, en su defecto, la comisaría de policía de la localidad donde pretenda fijar o tenga fijada su residencia”.

33. Según la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva* de 2000, la Directiva no pretende fijar la duración precisa de los permisos de residencia concedidos teniendo en cuenta los debates de los tres últimos años, así como la experiencia de Kosovo.

34. PARLAMENTO EUROPEO. Enmienda nº 17. *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, p. 13.

Por su parte, ECRE propuso incluir “as soon as possible” al final del artículo 8 de la Directiva. *Observation of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's draft directive on temporary protection and responsibility sharing*, enero 2001.

ILPA optaba por disponer un plazo concreto: seis meses. *Response to proposed EC Directive on minimum standards of temporary protection*, 3 octubre 2000, propuesta número 5.

35. Cuyo modelo aparece en el anexo I de la Directiva.

bros, cuestión que la Directiva no termina de solucionar. Resulta difícil de imaginar que ambos intereses coincidan por lo que, finalmente, tendrá que ser solucionado cada caso concreto en el momento que se plantee³⁶.

En virtud del artículo 15.6 también se permite el traslado de residencia en los casos de reagrupación familiar, lo cual implicará la retirada del permiso de residencia concedido en el Estado miembro abandonado, así como la expiración de las obligaciones para con los beneficiarios relacionadas con la Protección Temporal.

Resulta claro, en suma, que el permiso de residencia constituye un concepto llave para el disfrute del resto de derechos garantizados por la Directiva.

2. INFORMACIÓN ACERCA DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL.

Los Estados miembros tienen la obligación de informar a los beneficiarios de la Protección Temporal acerca de las disposiciones por las que se regula dicha acogida.

Este derecho de información trae causa de la Resolución de noviembre de 1998, del Parlamento Europeo, en la que se solicitaba la incorporación de dicha obligación. Como resultado, la *Propuesta de Directiva* de 2000 agrega un artículo 9 redactado en los siguientes términos:

“Los Estados miembros expedirán a los beneficiarios de la protección temporal un documento en la lengua o lenguas oficiales del país de origen y el país de acogida, en el que se expongan claramente las disposiciones relativas a la protección temporal”

Sin embargo, al especificar las lenguas en las que debían ser redactados los documentos (la/s del país de origen y país de acogida), se corría el peligro de no conseguir el objetivo último, esto es, la correcta información del beneficiario de sus derechos en el periodo de Protección Temporal, si éstos se expresaban en otras lenguas o dialectos. El Comité Económico y Social llama la atención sobre este problema³⁷ y, finalmente, la redacción del artículo 9 se nos presenta mucho más flexible, sentando las bases de soluciones *ad hoc* y,

36. El profesor Peral Fernández considera que no se podrán evitar las soluciones *ad hoc*. PERAL FERNÁNDEZ, L. «Desplazamiento masivos de población: marco internacional y nuevo marco comunitario de protección y asistencia», *mimeo*grafía.

37. El Comité Económico y Social señala que, a menudo, en el momento de la entrada, las personas interesadas pueden tener dificultades lingüísticas en el caso de que hablen sólo lenguas o dialectos regionales. Así, recomienda que los Estados miembros tengan en cuenta estas posibilidades y se preparen para ofrecer a todos la oportunidad de comprender bien sus derechos y deberes, de forma que se pueda encaminar hacia una integración consciente y responsable. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva*, para. 2.7. p. 24.

de este modo, más beneficiosa para el colectivo que se pretende proteger. Dice así,

“Los Estados miembros facilitarán a los beneficiarios de la protección temporal un escrito, en una lengua que puedan comprender, en el que expongan claramente las disposiciones relativas a la protección temporal que sean importantes para ellos”³⁸

3. REGISTRO.

El artículo 10 se refiere a la obligación de los Estados miembros de llevar un registro con los datos personales más relevantes de las personas beneficiarias de la protección temporal³⁹.

Identificar y registrar adecuadamente a la población desplazada se convierte en la llave de una efectiva protección y asistencia, especialmente en los casos de afluencia masiva. No sólo garantiza el acceso al disfrute de los derechos que la Directiva les reconoce, sino que puede evitar pérdidas de nacionalidad, el uso fraudulento de la identidad, facilita la reunificación familiar (pensemos especialmente en los menores no acompañados), o permite localizar con la necesaria celeridad, los colectivos más vulnerables.

Obviando todo lo anterior, el artículo 10 define su objetivo y fin aludiendo a la aplicación efectiva de otras disposiciones de la Directiva. En concreto:

“Para permitir la aplicación efectiva de la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5, los Estados miembros llevarán un registro de los datos personales mencionados en la letra a) del anexo II de las personas que se beneficien de la protección temporal en su territorio”

Este artículo 5 –cuyo examen detenido se lleva a cabo en el Capítulo Quinto del libro– regula la activación del sistema de Protección Temporal. La decisión del Consejo que constata la existencia de una afluencia masiva debe contener como mínimo una descripción de los grupos concretos de personas a los que se aplicará la Protección Temporal (art. 5.3.a). El registro de las personas desplazadas parece llamado a dar pleno sentido a esta disposición; los Estados comprobarán así, la coincidencia entre los grupos de personas

38. En una aplicación impecable de la Directiva, el artículo 15 del *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal* dispone: «Se informará por escrito a las personas beneficiarias de la protección temporal, en una lengua que puedan éstas comprender, de los derechos y obligaciones del estatuto de desplazado. Este documento será entregado a los solicitantes en el momento de formular la solicitud».

39. Según la letra a) del Anexo II a la Directiva, dicho registro deberá incluir: nombre, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, estado civil y vínculo familiar.

En cumplimiento a dicho mandato, el artículo 13 del *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal* dispone la creación del citado registro, así como el contenido exigible y las garantías jurisdiccionales en cuanto a protección de datos personales (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de Datos de Carácter Personal).

elegidos por el Consejo y los que llegan a su territorio en la proporción acordada.

Este artículo, que no tiene precedente normativo en las propuestas anteriores a la Directiva, se completa con el Considerando número 17, también de reciente incorporación. Según esta disposición, los Estados miembros, de acuerdo con la Comisión, deberán aplicar medidas adecuadas con el fin de que el tratamiento de los datos personales sea conforme a la norma de protección de la *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos*⁴⁰.

4. LA POLÉMICA AUSENCIA DE LIBERTAD DE CIRCULACIÓN.

Una de las disposiciones que más controversia ha suscitado es el artículo 11, dedicado a regular la *readmisión* en el Estado de acogida de los beneficiarios de la Protección Temporal.

“Los Estados miembros volverán a acoger a un beneficiario de la protección temporal en su territorio cuando dicho beneficiario permanezca o pretenda entrar sin autorización en el territorio de otro Estado miembro durante el periodo cubierto por la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5. Los Estados miembros a tenor de un acuerdo bilateral, podrán decidir que no se aplique el presente artículo”⁴¹

En el supuesto de que un beneficiario de protección temporal permanezca o pretenda entrar sin autorización en el territorio de otro Estado miembro, durante el período de duración de la misma, el Estado responsable estaría obligado a volver a acogerlo en su territorio.

De esta forma, se procede a prohibir la libre circulación de las personas implicadas por el territorio de la Unión, salvo en aquellos casos en los que exista un acuerdo bilateral en contra. Esta última posibilidad salva el carácter soberano de la decisión de admisión de nacionales de terceros países en nuestro territorio.

El artículo no disponía de ninguna versión anterior de referencia. Sin embargo, la Exposición de motivos de la *Propuesta de Directiva* de 2000 se

40. DOCE, nº L 281 de 23/11/1995, p.31.

Resulta importante destacar que la Conclusión sobre la Protección internacional de los refugiados aprobada por el Comité Ejecutivo en su sesión de 2001 estuvo, en exclusiva, dedicada al registro de refugiados y solicitantes de asilo acogiendo el debate suscitado al respecto en las Consultas Mundiales sobre Protección Internacional. Sobre las recomendaciones *vid.* EXCOM. Conclusión nº 91 (LII) 52º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo, 2001, para. b).

41. Idéntico literal puede comprobarse en la normativa española de transposición: artículo 18 del *Reglamento sobre el régimen de protección temporal*.

adelantaba a explicar que la Directiva no se refería a la cuestión de la libre circulación de las personas beneficiarias de Protección Temporal, en espera de que la Comisión presentara propuestas de medidas relativas a la libre circulación de los nacionales de terceros países por el territorio de los Estados miembros y sus condiciones⁴².

El silencio de la norma por lo que se refiere a la libre circulación *ad intra*, dentro en las fronteras del Estado de acogida (la cual, en consecuencia, se ha de suponer⁴³) y *ad extra*, dentro de las fronteras comunitarias, recibió críticas por parte del Alto Comisionado, el Consejo de Europa y las ONGs implicadas, sin embargo las instituciones comunitarias, llamadas a emitir el correspondiente dictamen sobre la materia, mantuvieron el silencio de la Comisión⁴⁴.

Esta medida tiene sentido si partimos de la base de que la Protección Temporal está pensada en términos de *responsability sharing* –teniendo en cuenta una distribución de la carga, tanto en las personas como en términos financieros (capítulo VI de la Directiva)–. Al proceder a un reparto equitativo en términos solidarios de las personas desplazadas (artículo 25), una disposición que les permitiera circular libremente por el territorio de los demás

42. *Propuesta de Directiva de 2000*, parágrafo: 5.6.

Habrà que esperar a la adopción de la citada normativa (*Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones en las que los nacionales de terceros países pueden viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un periodo no superior a tres meses por la que se introduce una autorización específica de viaje y por la que se fijan las condiciones de entrada para desplazamientos de una duración no superior a seis meses* (COM (2001) 388 final, Bruselas, 10/07/2001), pues ni siquiera el régimen jurídico vigente resulta de aplicación concreta al colectivo de protegidos temporales. Piénsese en el Convenio de Schengen y su Acuerdo de Aplicación o el Convenio de cruce de fronteras exteriores, que permiten a los solicitantes de asilo viajar libremente dentro del territorio de la UE por un periodo limitado de tiempo con el único requisito de su previa comunicación a la autoridad competente a su llegada al Estado de elección.

43. Así lo recoge el artículo 14 del Reglamento español: "1. La persona a la que por resolución del Ministro del Interior se le conceda el régimen de protección temporal tendrá derecho a circular libremente por el territorio español y a residir libremente en él. 2. No obstante, por razones de seguridad pública, el Ministro del Interior podrá adoptar cualquiera de las medidas cautelares previstas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y en el artículo 18 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado".

44. Resulta llamativo cómo la única consideración que hace el Alto Comisionado, en relación con el estatuto jurídico de los beneficiarios de la protección temporal, se refiera a la libre circulación. Tras señalar la ausencia de su consideración normativa, sugiere su inclusión expresa, al no resultar suficiente su protección implícita derivada de otras obligaciones internacionales –en concreto menciona el CEDH–. ACNUR. *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, p. 3.39.

El Consejo de Europa hace referencia a la libertad de circulación *ad intra*: "The freedom of movement of such persons within the territory of the host country should not be unnecessarily restricted". CONSEJO DE EUROPA, Comité de Ministros *Recomendación Nº R (2000) 9 on temporary protection*. Recomendación nº 2.

En el marco de las ONGs: ILPA subraya la ausencia de regulación de este derecho reconocido

países, incluyendo una eventual residencia, desvirtuaría ese reparto previamente establecido por el Consejo.

Para evitar falsear el reparto de la carga y, a su vez, hacer esta medida compatible con las obligaciones internacionales y regionales sobre la libertad de circulación (piénsese en el CEDH), la Directiva debiera haber previsto la posibilidad de que los Estados miembros facilitasen los trámites para otorgar permisos de salida temporales, finalizados los cuales el beneficiario de la Protección Temporal se comprometería a volver al país de acogida. Los Estados miembros debieran prever en sus normativas de transposición la forma de evitar restricciones a este derecho que, a personas en situaciones similares no se ha dudado en reconocer⁴⁵.

5. DERECHOS LABORALES. EL PRINCIPIO DE PREFERENCIA COMUNITARIA COMO LÍMITE AL ACCESO AL MERCADO LABORAL.

El derecho a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, así como la formación profesional o práctica aparece recogido en el artículo 12 de la Directiva.

por la Convención de Ginebra y sugiere incluir artículo que garantice la libertad de circulación tanto en el territorio del Estado miembro de acogida como en el resto de territorios de los Estados miembros de la Unión, por un periodo de tres meses, con las condiciones del Título II del Convenio de Schengen. *Response to proposed EC Directive on minimum standards of temporary protection*, 3 octubre 2000, propuesta número 7.

Muestra también su disconformidad con el silencio: ECRE e ILA. *Information Note on the Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*. 1 de septiembre de 2001. *Delhi Conference (2002), Final Report and Draft Guidelines on Temporary Protection*, para. 10.

El Parlamento Europeo no propuso ninguna enmienda al artículo 11. Tampoco el Comité Económico y Social ni el Comité de las Regiones.

45. La *Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros* prevé en su artículo 7.5 conceder permisos temporales para abandonar el lugar de residencia.

Por lo que se refiere al *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal*, efectivamente, tan sólo reconoce expresamente aquello que está entre sus posibilidades, esto es, garantizar la libertad de circulación y residencia en el territorio español (art. 14). Nada se estipula sobre la libertad de circulación entre los Estados miembros, no obstante y en la medida en que esto no puede equivaler a una prohibición de salida del Estado de acogida, el artículo 17 disipa las dudas al respecto declarando: "A los beneficiarios de la protección temporal que justifiquen la necesidad de salir del territorio nacional y no tengan pasaporte ni título de viaje, o que, teniéndolos, no sean válidos, se les proveerá de un título de viaje de acuerdo con el artículo 57 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio". Si bien es evidente que su objeto principal pretende evitar las dificultades que pueden hallar los acogidos sin la debida documentación para viajar, indirectamente, reconoce ese derecho a salir del territorio nacional sin limitar el destino elegido, siempre y cuando se justifiquen los motivos de la partida por razones de control y seguridad.

Resulta significativo el consenso alcanzado sobre la necesidad de que estos colectivos tengan derecho al acceso al mercado laboral –incluso desde los primeros antecedentes de la norma–, con mayor motivo si tenemos en cuenta que en los modelos nacionales de protección temporal, de la década de los noventa, los desplazados no solían obtener acceso al empleo en la mayoría de los países europeos⁴⁶.

En cambio, ya en la *Propuesta de Acción Común* de 1997 y la modificada de 1998, se recogía este derecho que unido a aquellos sobre seguridad social, alojamiento y educación se interpretaban en aplicación del *principio de igualdad de trato con los refugiados*⁴⁷.

Dicho principio se mantiene hasta la *Propuesta de Directiva* de 2000, para desaparecer, del todo, en la Directiva vigente.

En la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva* de 2000 (párrafo 5.6), la Comisión confirma su compromiso de que los beneficiarios de la Protección Temporal puedan tener acceso al empleo en las mismas condiciones que los refugiados reconocidos como tales. A continuación, aportaba algunos de los motivos que habían llevado a este consenso: limitar la dependencia de las personas de los dispositivos de asistencia que facilitan los programas de regreso voluntario y constituir un “importante atractivo de la protección temporal frente al procedimiento de asilo”.

El exilio puede minar el estado de ánimo del desplazado, por lo que el trabajo, con lo que ello supone de integración en la vida del país de acogida, se ha considerado que supone un estímulo importante que facilita la superación de los traumas del desplazamiento, con independencia de que responde a una necesidad humana crucial para la preservación de la dignidad⁴⁸. También

46. El estudio de Morten Kjaerum resulta muy interesante en este sentido. Procede a hacer un análisis comparado de las políticas nacionales sobre acogida temporal, centrado en los dos derechos que, en su opinión, resultaron más controvertidos: la reunificación familiar y el derecho al trabajo. Subraya como en España, Hungría y Suiza facilitaban el acceso al mercado laboral; Dinamarca, Holanda y Alemania lo limitaban parcialmente, mientras que en el resto no se permitía. KJAERUM, M. «Temporary Protection in Europe in the 1990s», en *op. cit.*, pp. 444-456.

47. *Propuesta de Acción Común modificada de 1998*: Artículos 9.1: «Los Estados miembros que proporcionen un alojamiento temporal a los refugiados reconocidos procurarán proporcionar un alojamiento equivalente a los beneficiarios de un régimen de protección temporal titulares de la autorización de estancia prevista en el artículo 6».

Artículo 9.3: «Los Estados miembros velarán por que los beneficiarios de un régimen de protección temporal, titulares de la autorización de estancia prevista en el artículo 6, tengan acceso al sistema de educación en las mismas condiciones que los refugiados reconocidos».

Artículo 8: «Los Estados miembros velarán por que los beneficiarios de un régimen de protección temporal (...) obtengan el permiso para emprender una actividad remunerada, según las disposiciones establecidas por el Derecho nacional aplicable a los refugiados reconocidos. Deberá existir igualdad de trato entre los refugiados reconocidos y los beneficiarios de un régimen de protección temporal en materia de retribuciones, seguridad social y otras condiciones de trabajo».

48. DOMANSKI, M. «Insights from Refugee Experience: A background Paper on Temporary Protection», en (Hathaway, J.C.: editor), *Reconceiving International Refugee Law*, *op. cit.*, p.28. El

resulta de interés atender a los beneficios –siempre relativos– que ello puede suponer para la economía del país de acogida, pues de alguna manera, el trabajo de estos desplazados puede ayudar a sufragar los gastos derivados, entre otros, de la seguridad social.

Lo que no nos parece adecuado es volver a mencionar las posibilidades disuasorias negativas que pudiera tener la acogida temporal respecto al asilo. Afirmaciones como esa, no sólo ponen en cuestión el carácter de los compromisos adquiridos por los Estados miembros respecto a los desplazados de forma masiva sino que confunde ambos sistemas que están llamados a atender problemáticas diferentes y se encuentran regidos por reglas independientes. Facilitar el acceso al mercado laboral a las personas acogidas temporalmente tiene su propio sentido en este sistema de protección, sin necesidad de ponerlo en relación dialéctica con el derecho a solicitar asilo.

La desaparición del principio de *igualdad de trato con el refugiado*, en la Directiva vigente, es de los cambios más significativos producidos en el último momento. En el texto final se opta por evitar los elementos de comparación, no tanto para ofrecer unos derechos devaluados respecto a los refugiados sino, más bien, –en nuestra consideración– con la intención de mostrar un régimen jurídico autónomo aplicable a una categoría que pretende ser independiente y que no se ha de prestar a confusión.

En cualquier caso, más allá de la ausencia del principio de igualdad de trato con los refugiados, hallamos otros cambios cualitativos de última hora y que pueden llegar a tener mayores consecuencias.

Se hace referencia al *principio de preferencia comunitaria*. En virtud del artículo 12:

“Los Estados miembros autorizarán a los beneficiarios de la protección temporal, durante un periodo que no excederá al de dicha protección, a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, con arreglo a las normas aplicables a cada profesión, y a participar en actividades tales como la educación para adultos, la formación profesional y la formación práctica en el lugar de trabajo. Por razones de política de mercado laboral, los Estados miembros podrán dar prioridad a los ciudadanos de la UE y a los ciudadanos de los Estados Partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como a los residentes legales con nacionalidad de terceros países que reciban subsidios de desempleo. Se aplicará el derecho general de los Estados miembros en materia de remuneración, acceso a los sistemas de seguridad social correspondientes a las actividades por cuenta propia o ajena y otras condiciones de trabajo”.

autor analiza las consecuencias de una estancia temporal para las personas desplazadas en campos de refugio. Para nuestro análisis resulta de interés los efectos psicológicos de la *temporalidad*, más que sus estudios sobre las condiciones de los campos que no son de aplicación respecto a esta Directiva.

Efectivamente, la Directiva autoriza a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena durante el tiempo que dure la Protección Temporal, así como a disfrutar de la educación para adultos, la formación profesional y práctica en el lugar de trabajo. No obstante, el Estado se halla facultado para condicionar su ejercicio otorgando “prioridad” por razones de política de mercado laboral a:

- ciudadanos de la Unión Europea;
- ciudadanos de los Estados Partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; y
- los residentes legales con nacionalidad de terceros países que reciban subsidios de desempleo.

Los límites expuestos al acceso al mercado laboral son conformes a Derecho en atención a las obligaciones jurídicas internacionales y regionales que tienen los Estados miembros, sobre las condiciones de estancia de dichas personas en sus territorios. Por otro lado, resulta comprensible que se dé prioridad en el empleo los ciudadanos que tienen una residencia permanente en el país miembro de la Unión, teniendo en cuenta que los beneficiarios de la Protección Temporal tienen una acogida limitada en el tiempo.

Sin embargo, del mismo modo, aplicando el *principio de proporcionalidad*, a medida que la estancia en el Estado fuera mayor, las fórmulas jurídicas que restrinjan el acceso al trabajo resultan menos justificadas. En función de las prórrogas previstas por la Directiva –cuya duración puede llegar a ser de tres años–, parece lógico exigir a los Estados que prevean una acomodación gradual de los derechos garantizados al tiempo de permanencia en el país. No debiera haberse dejado al absoluto margen de apreciación estatal⁴⁹.

Por lo que respecta al derecho aplicable en aquellas materias relacionadas con el empleo, una vez reconocido el acceso al mercado laboral, podía haberse mantenido la igualdad de trato con los refugiados en las materias relacionadas con esta actividad (remuneración, seguridad social, condiciones de trabajo), y no aplicar el régimen general de extranjería nacional, habida cuen-

49. En este sentido *vid.* KÄLIN, W. “Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism”, *op. cit.*, p. 224.

ECRE recomienda a los Estados miembros no hacer uso de esta opción a la hora de transponer la Directiva en los ordenamientos internos. *ECRE Information Note on the Council Directive 2001/55/EC, of 20 July 2001, on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, (1 de septiembre de 2001).

Teniendo en cuenta las dificultades con el empleo de numerosos países de la UE, parece improbable que esto ocurra. De hecho las instituciones comunitarias no se pronuncian sobre este artículo, salvo el Comité de las Regiones para llamar la atención sobre lo inadecuado de interferir en las disposiciones de los Estados miembros sobre política de mercado de trabajo a través de esta norma de mínimos. COMITÉ DE LAS REGIONES: *Dictamen del Comité de las Regiones*, para. 14, p.4.

ta de las diferencias sustanciales de trato y en aras de una mayor armonización en la materia⁵⁰.

6. EL DERECHO A UN “NIVEL DE VIDA ADECUADO” Y A LA ATENCIÓN MÉDICA.

Con objeto de aglutinar los derechos enumerados en el artículo 13 de la Directiva de Protección Temporal, nos parece suficientemente descriptivo la utilización de la expresión contenida en el artículo 11 del PIDESC: “nivel de vida adecuado”⁵¹.

Sin embargo, no es nuestra intención incorporar sin más el contenido y nivel de exigencia de este derecho a la Directiva, habida cuenta del diferente rasero exigible, en este sentido, a los países de la comunidad internacional en su conjunto en relación con los Estados miembros de la UE, en mayor medida acomodados y, por tanto, de los que cabe esperar necesariamente un mayor avance.

En primer lugar, obliga a los Estados a garantizar el acceso a un *alojamiento adecuado* o los medios para obtenerlo⁵².

En segundo lugar, los Estados miembros dispondrán que los beneficiarios reciban la asistencia necesaria, en materia de *ayuda social y alimentación*, siempre y cuando no dispongan de los recursos suficientes (artículo 13.2 de la Directiva). Se trata de una disposición lo suficientemente vaga como para permitir a los Estados miembros adaptarla a su propio sistema social interno⁵³. Al fin y al cabo, en cuanto norma de Derecho derivado, lo que se impone es una garantía de resultado. Por ello, la Directiva prevé un sistema de *modulación de las ayudas*. Si los beneficiarios ejercen una actividad que les reporte ingresos propios se tendrá en cuenta la posibilidad de tales personas de asegurar su propia subsistencia a la hora de determinar el nivel de las medidas de ayuda (artículo 13.3 de la Directiva).

50. Véanse los artículos 17, 18 y 19 del Convenio de Ginebra de 1951.

Por lo que respecta a la normativa española de transposición, ésta dispone el derecho de los desplazados a trabajar de acuerdo con el artículo 79.1.b) del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. Subrayamos la ausencia de referencia alguna al principio de preferencia comunitaria que asiste al Estado en virtud de la Directiva.

51. Artículo 11 PIDESC: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”.

52. En el Comentario a los artículos de la *Propuesta de Directiva* de 2000, cuyo artículo 11 es idéntico al actual 13, se avanzaba como posibilidad prever centros provisionales de alojamiento, ya sean estructuras colectivas o independientes de apartamentos.

53. En el Comentario a los artículos de la *Propuesta de Directiva* de 2000, sólo se añade que estas ayudas serán las necesarias para una *vida normal y digna* durante la protección.

Los parámetros de cotejo consideramos que han de ser necesariamente los del Estado miembro.

En tercer lugar, los Estados miembros garantizarán que los beneficiarios reciban *atención médica*. A diferencia de los derechos anteriores, en este caso, la Directiva procede a especificar cuáles van a ser condiciones mínimas de esa atención médica. Ésta debe incluir en su forma más somera:

- los cuidados de urgencia, y
- el tratamiento esencial de enfermedades.

En nuestra opinión, fijar el mínimo común denominador en estos conceptos no parece suficiente, en especial, teniendo en cuenta el colectivo de personas al que va dirigida la Directiva. La experiencia de la persecución, desplazamiento, y adaptación a un medio nuevo pueden causar problemas de salud que requieren un tratamiento más omnímodo. En palabras de la organización Medical Foundation, resulta un estándar mínimo excesivamente bajo. Las personas descritas en el artículo 2.c) de la Directiva (desplazados que han debido abandonar su país o región de origen y cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país), deberían tener acceso a una asistencia médica completa⁵⁴.

Eso sí, el artículo 13.4 dispone un caso excepcional al que va a otorgar un estándar de tratamiento superior: aquellas personas con *necesidades particulares*, las cuales podrán obtener la asistencia necesaria, médica o de otro tipo. Según el mismo artículo, los colectivos que pueden verse implicados en este supuesto pueden ser, *inter alia*, menores no acompañados, personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia moral, física o sexual⁵⁵. El Comentario de la Comisión a los artículos de la *Propuesta de Directiva* de 2000 añade a los minusválidos y a los adultos completamente aislados. Lo cierto es que podía haber incluido también a los menores –sin mayor calificativo–, personas de edad avanzada o mujeres embarazadas, habida cuenta de que el estándar mínimo no dispone el acceso a los servicios médicos en general. En cualquier caso, los Estados se van a ver obligados a garantizarlo en sus legislaciones, en la práctica⁵⁶.

54. MEDICAL FOUNDATION. *Comments on the Commission Proposal for Council Directive on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measure promoting a balance of efforts between Member State in receiving such persons and bearing the consequences thereof*. Nos hacemos eco especialmente de las palabras de esta Organización por su especialización en el tema, aunque también otras ONGs se manifiestan en el mismo sentido, *v.gr.*, ECRE. *ECRE Information Note on the Council Directive 2001/55/EC, of 20 July 2001, on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, (1 de septiembre de 2001).

55. MEDICAL FOUNDATION, cuya especialidad tiene que ver, precisamente, con el cuidado de las víctimas de la tortura, da la bienvenida a esta disposición.

56. En el caso de la normativa española de transposición se equiparan las prestaciones sociales con las de los solicitantes de asilo. Así, en virtud del artículo 20 del *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal* los beneficiarios de la protección temporal que no dispongan de recursos suficientes podrán beneficiarse de servicios sociales y sanitarios de acuerdo con la

Las necesidades particulares pueden consistir en una atención médica, pediátrica, psiquiátrica, de apoyo o tratamiento psicológico o de ayuda al desarrollo psicomotor. Los Estados miembros están obligados a establecer las medidas internas necesarias para responder a estas necesidades.

Recuérdese aquí, la recomendación del Consejo de Europa sobre las necesidades de las personas vulnerables, las cuales debían ser atendidas de la manera más extensa posible⁵⁷.

7. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.

El artículo 14 dispone:

- “1. Los Estados miembros autorizarán a los menores de 18 años (*sic*) beneficiarios de la protección temporal acceder al sistema de educación en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro de acogida.
2. Los Estados miembros podrán autorizar el acceso de los adultos beneficiarios de protección temporal al sistema general de educación”

En relación con los menores de edad, los Estados se comprometen a autorizar su acceso al sistema educativo en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de acogida. Se trata del único derecho para el que se garantiza el trato más favorable posible⁵⁸.

Sin embargo, los Estados son libres de limitar este acceso sólo a la educación pública —España, por ejemplo—. Nada se dice sobre las necesidades lingüísticas de los beneficiarios de la acogida temporal que, principalmente en la etapa inicial de incorporación al Estado miembro, no podrían incorporarse a las aulas escolares sin tener acceso al conocimiento básico del idioma. Se trata de alguna de las necesidades educativas particulares que tendrían los acogidos y sobre las que nada dispone la Directiva.

Más difícil es la situación para los mayores de dieciocho años⁵⁹. En este caso, la Directiva abandona los términos de obligación para entrar en el terre-

normativa de asilo, en particular los que presenten necesidades especiales, de conformidad con lo que se establece en el artículo 15 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 6 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero. En atención a la normativa de asilo, pueden beneficiarse de los servicios sociales, educativos y sanitarios prestados por las administraciones competentes, sin distinguir entre tratamientos de urgencia o generales.

57. CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. *Recomendación Nº R (2000) 9 on temporary protection*. Recomendación nº 5.

58. En cambio, recuérdese que el artículo 20 del *Reglamento español sobre le régimen de protección temporal* equiparaba el trato debido a sus beneficiarios (respecto a los servicios sociales entre los que incluía la educación) con el régimen aplicable a los solicitantes de asilo.

59. En el texto de la *Propuesta de Directiva* de 2000, se definía a los menores de edad como los de edad inferior a la mayoría legal del Estado miembro de que se trate. Finalmente, se ha fijado en 18 años.

no de la “posibilidad” –a diferencia de los que ocurría con la versión inmediatamente anterior⁶⁰–. Ahora, los Estados son libres para autorizar el acceso de los adultos beneficiarios de Protección Temporal al sistema general de educación. Las condiciones de vida para un beneficiario de quince años y otro de diecinueve pueden ser radicalmente distintas por la cualidad integradora de la formación educativa. Se deja a voluntad de los Estados miembros permitirles continuar con una formación que –en palabras de la propia Comisión en su Comentario al artículo 12 de la *Propuesta de Directiva* de 2000–, podía ser útil (también) para su reintegración en el país de origen a su regreso. El objeto y fin de la norma sigue vigente, por lo que no entendemos las razones del cambio en la calidad de la obligación⁶¹.

8. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

Como habíamos comentado, el acceso al mercado laboral y la reagrupación familiar se habían convertido en los dos derechos más controvertidos respecto al estatuto de la Protección Temporal. El motivo no era, en exclusiva, la carga que ello pudiera suponer para el Estado de acogida sino la posibilidad de que, en la medida en que facilitaran la integración, hicieran el retorno más difícil.

Sin embargo, los Estados miembros están obligados por todos aquellos instrumentos internacionales en los que se ha puesto de manifiesto la importancia de la vida familiar⁶². La tarea consistía en hacer compatible la necesaria asunción de la Protección Temporal como una acogida territorial orientada al retorno y, al mismo tiempo, garantizar durante esa estancia el mayor respeto

60. *Propuesta de Directiva* de 2000: artículo 12.

61. Ninguna institución comunitaria se refiere a ello en sus dictámenes. Sólo el Parlamento Europeo incorpora una enmienda *menor* al artículo 13, destinada a garantizar el acceso a la educación con la mayor brevedad posible. Proponían el siguiente texto: “Los Estados miembros autorizarán a los beneficiarios de la protección temporal menores de edad a acceder *inmediatamente* al sistema de educación (...)”. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, Enmienda número 21.

Resulta llamativa la ausencia de crítica al respecto por parte de las ONGS implicadas.

En lo que respecta a España, la normativa no distingue entre menores o mayores de edad, por lo que deducimos que se garantiza por igual a todos.

62. El DIR no reconoce expresamente que la familia del refugiado pueda entrar en el Estado de acogida o que tengan el mismo estatus que el refugiado. La única disposición referente a la unidad familiar aparece en el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios, en cuya Recomendación B, la Conferencia considera que la unidad familiar, elemento natural y fundamental de la sociedad, es un derecho esencial del refugiado, y que esta unidad se halla constantemente amenazada, por lo que recomendaba a los Gobiernos que adopten las medidas necesarias para la protección a la familia del refugiado, especialmente para que se mantenga su unidad familiar.

En Europa, la jurisprudencia sobre derechos humanos ha interpretado el artículo 8 del CEDH, dedicado al respeto de la vida privada, familiar, del domicilio y la correspondencia, de manera

a los derechos fundamentales de aquellos beneficiarios de la acogida adaptándolos a la temporalidad. Veamos si se ha conseguido.

La Directiva procede a regular la reagrupación familiar⁶⁵ en sus dos versiones:

–reagrupación familiar intracomunitaria: otorgada a la familia separada entre diferentes Estados miembros de acogida.

–reagrupación familiar extracomunitaria: pensada para la familia separada por las circunstancias de flujo masivo entre el Estado de origen y el Estado de acogida.

Antes de analizar el procedimiento que propone la Directiva, resulta fundamental analizar el concepto de *familia* que la misma utiliza.

El artículo 15 de la Directiva sólo contiene disposiciones en orden a poder trasladar al país de recepción a la familia *ya constituida* en el país de origen y separada por las circunstancias del flujo masivo, por lo que, de entrada, excluye la posibilidad para familias constituidas *a posteriori*⁶⁶.

que la denegación de la reunificación familiar podría llegar a ser una violación del derecho al respeto de la vida familiar, siempre que los familiares sean lo suficientemente cercanos y con los que se tenga una relación real y, si esa reunificación no fuera posible en otro país, incluido el país de origen del solicitante.

La mayoría de los desplazados en afluencia masiva pueden encontrarse en esa situación. *Vid. inter alia*, KJAERUM, M. «Temporary Protection in Europe in the 1990», en *CSCOE Expert Seminars on migration including refugees and displaced persons, Warsaw, op. cit.*, p. 452. De ahí, que la propia normativa se haga eco de la interpretación del CEDH respecto al respeto de la vida familiar (Comentario al artículo 13 de la *Propuesta de Directiva* de 2000).

El Consejo de Europa en su Recomendación nº R (99) 23, del Comité de Ministros se mostraba consciente de la necesidad de preservar y defender el principio de unidad familiar no sólo de los refugiados sino también de otras personas necesitadas de protección internacional, en la que incluimos a los beneficiarios de la Protección Temporal.

63. La *Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar*, (DOUE nº L 251, de 3/10/2003) excluye de su ámbito de aplicación a: un nacional de un tercer país "autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de una protección temporal o que solicite la autorización de residir por este motivo y se encuentre a la espera de resolución sobre su estatuto". Artículo 3.2.b).

La Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva de 2000*, explicaba que se había considerado mejor abordar el mantenimiento de la unidad familiar, en el contexto de la protección temporal, en una propuesta específica y no en su propuesta general.

No obstante, no se trataba sólo de la elección de un marco jurídico diferente, el derecho protegido por la *Directiva sobre Protección Temporal* es más limitado que el establecido en la *Directiva sobre Reagrupación familiar*. Según la Comisión, no parecen darse las condiciones políticas para un derecho más amplio. De hecho, el artículo 15 no establece un derecho a la reagrupación familiar tal y como se definía en la *Propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar (COM 2002, 225 final, Bruselas, 02/05/2003)*, ya que se considera que la situación temporal no permite el ejercicio de este derecho según el mismo modelo (Comentario al artículo 13 de la *Propuesta de Directiva* de 2000).

64. ILPA duda de su compatibilidad con el artículo 8 CEDH. *ILPA response to proposed EC Directive on minimum standards of temporary protection*.

Por lo que respecta a los miembros, dicha familia engloba⁶⁵:

–artículo 15.1.a): al cónyuge del reagrupante o pareja de hecho que tenga una relación duradera, cuando la legislación del Estado miembro en cuestión considere la situación de las parejas no casadas como similar a la de las casadas con arreglo a su propia normativa de extranjería⁶⁶; y,

–los hijos menores solteros del reagrupante o de la pareja de hecho, sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos;

–artículo 15.1.b): así como otros “parientes cercanos” que estuvieran viviendo juntos como parte de la unidad familiar y siempre que fueran total o parcialmente dependientes del reagrupante en dicho momento⁶⁷.

65. La Comisión matiza que el concepto de familia se corresponde con lo practicado por los Estados miembros respecto a los desplazados kosovares. Exposición de Motivos, *Propuesta de Directiva* de 2000, para. 5.6.

66. En atención al Artículo 2 h) de la Directiva: “Reagrupante: el nacional de un tercer país que, disfrutando de la protección temporal en un Estado miembro a tenor de la decisión tomada con arreglo al artículo 5, desea que miembros de su familia se reúnan con él o ella”.

Las parejas de hecho (que también pueden ser del mismo sexo), obtendrán el mismo tratamiento que las casadas siempre y cuando se contemple en la legislación interna del Estado miembro de que se trate –no se atiende, por tanto, la Enmienda del PE que recomendaba que la reagrupación de dichas familias fuera potestativa independientemente de su regulación normativa al respecto (número 22)–. A diferencia de las parejas casadas a las que no se exige mayores requisitos (no se dice nada sobre separación o divorcio), las de hecho deben demostrar que mantienen una relación *duradera* (según el Comentario al artículo 13 de la *Propuesta de Directiva* de 2000, se aceptaría prueba de cohabitación o testimonios fidedignos): En el *Reglamento español sobre régimen de protección temporal* se corrige tan disfunción equiparando ambas parejas en derechos y obligaciones. En el artículo 21.2 se contempla “al conyuge del beneficiario o la persona que se halle ligada por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo casos de separación legal, separación de hecho o divorcio”.

67. Ello podría incluir a los hijos mayores, nietos, abuelos, bisabuelos, y otros parientes sin límite de consanguinidad.

A diferencia de la expresión utilizada por la Directiva: “parientes cercanos”, que si bien no parece pensada para incorporar a los hijos mayores, su indeterminación pudiera dar lugar a una interpretación favorable en tal sentido; no ocurre lo mismo con la normativa de transposición española. En el artículo 21.2 se consideran miembros de la familia a los efectos de la reagrupación, al conyuge y los hijos menores, así como “los ascendientes en primer grado del beneficiario que conviviesen juntos y formasen parte de la unidad familiar en el momento de producirse los acontecimientos que dieron lugar a la declaración de protección temporal, y que fuesen total o parcialmente dependientes del beneficiario en dicho momento”. La norma limita expresamente la consideración de “pariente cercano” a los padres del beneficiario. No entendemos la disparidad de tratamiento a la que puede dar lugar entre, por ejemplo, un niño de menos de 18 y otro de poco más que no esté casado y fuese dependiente económicamente, al que se le puede privar de la vida en familia incluso hasta tres años. La Directiva consideramos resultaba más flexible.

En la *Propuesta de Directiva* de 2000, se exigía que fueran “dependientes” sin más matización, a diferencia del artículo 15 vigente que permite la dependencia parcial. A cambio, se suprime la posibilidad de reagrupar a otros miembros de la familia sin más requisito que el haber sufrido traumatismos graves o necesitar tratamiento médico especial (artículo 13 de la *Propuesta de Directiva* de 2000).

La reagrupación familiar podrá hacerse efectiva a lo largo de toda la duración de la Protección Temporal, a falta de disposición en contrario⁶⁸. Ningún plazo se establece, no obstante, para la resolución de dicha solicitud. Hubiera parecido lógico exigir cierta premura en la adopción de las decisiones, no en vano la Protección temporal tiene un máximo de tres años.

Para el caso de la *reagrupación familiar intracomunitaria*, la Directiva obliga a los Estados miembros a reagrupar a los miembros de la familia de los que tenga constancia que se ajustan a la letra a) del artículo 15, es decir, el cónyuge e hijos menores. En este caso, el Estado tendrá en cuenta los deseos de los miembros de esa familia.

En cambio, para el caso de los miembros de la familia incluidos en el apartado b) del artículo 15.1 –es decir, el resto de familiares–, se deja a voluntad del Estado, el cual, tendrá en cuenta *las dificultades extremas* que dichos miembros afrontarían en caso de no efectuarse la reagrupación. Se trata de una cláusula indeterminada, que tendrán que llenar de contenido los Estados miembros *ad hoc* y que potencia el amplio margen de apreciación que conservan éstos respecto a este último grupo⁶⁹.

En función del artículo 15.5 de la Directiva son los Estados miembros los competentes para decidir en cuál de ellos se va a realizar la reagrupación, teniendo en cuenta los artículos 25 y 26 (solidaridad). En consecuencia, los beneficiarios tienen el derecho a *solicitar y disfrutar* de la reagrupación familiar, sin embargo, son los Estados los que deciden *dónde* se realizará la misma⁷⁰.

Sin embargo, todo esto habrá de hacerse compatible con la aplicación de la disposición 15.4 de la Directiva que establece:

68. Nos referimos al artículo 13.2 de la *Propuesta de Directiva* de 2000, que estipulaba como límite para presentar la solicitud de reagrupación, los dos meses anteriores al periodo máximo de duración de la Protección Temporal. El cambio puede deberse a la enmienda presentada por el Parlamento Europeo respecto al último de los colectivos. La institución comunitaria sugería reagrupar a otros miembros de la familia *si la denegación de la reagrupación tenía repercusiones extremadamente dolorosas debido a circunstancias especiales*. Finalmente, se adopta una redacción parecida aunque menos restrictiva. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, p. 16.

69. La normativa española de transposición no atiende a esta posibilidad que ofrece la Directiva. El *Reglamento sobre el régimen de protección temporal* obliga a la reagrupación de todos los familiares por igual, tanto en el caso de la reagrupación familiar intracomunitaria como extracomunitaria. Si bien consideramos restrictivo el concepto de familia que incorpora (en lo que respecta a los hijos mayores), valoramos positivamente la opción adoptada.

70. En la *Propuesta de Directiva* de 2000, se realizaba a solicitud de la familia y teniendo en cuenta los intereses de ésta. En el texto definitivo priman los intereses de los Estados en el reparto de la carga. La correcta distribución de los desplazados acordada por los Estados miembros no puede verse distorsionada por la reunificación familiar.

“En la aplicación del presente artículo, los Estados miembros tomarán en consideración los intereses de los menores”.

Se trata de un principio corrector que en el caso de traer causa del artículo 3.1 del Convenio de los Derechos del Niño podía haber dispuesto una redacción más correcta de conformidad con este Tratado (interés *superior* del niño)⁷¹ y, en cualquier caso, si no tuviera su origen en la misma resulta igualmente aplicable al caso. Este artículo de la Convención matriz de los derechos de los niños puede resultar un importante garante a la hora de equilibrar aquellos extremos de la Directiva que pudieran afectar de forma poco adecuada a la mejor atención que requieren los menores.

Para la *reagrupación familiar extracomunitaria*, los requisitos aumentan. Se mantiene la obligación para el Estado en relación al cónyuge e hijos menores, siendo facultativa para el del resto de los familiares. En este caso también se tendrá en cuenta las dificultades extremas que dichos miembros afrontarían en caso de no efectuarse la reagrupación familiar.

Pero en el supuesto que nos ocupa, cuando los familiares se encuentran fuera de las fronteras comunitarias, se procederá a la reagrupación sólo de aquellos *miembros de la familia que necesiten protección*.

Siguiendo con el ejemplo anterior, podrá darse la circunstancia de Estados que no lleguen a hacer valer la facultad que ofrece la Directiva respecto a los otros familiares pero, en el caso de la reagrupación extracomunitaria, aún previendo tal posibilidad, puede ser rechazada si el Estado considera *de motu proprio* que estos familiares no están necesitados de protección.

Esta disposición permite rehusar la reagrupación si los miembros de la familia han encontrado protección en otro país que no fuera parte de la Comunidad Europea, incluso si los beneficiarios no pueden reunirse con ellos.

Resulta significativa al respecto la Recomendación número 16 del Comité de las Regiones: “Tampoco considera conveniente conceder un derecho ilimitado de elección del Estado miembro en que deberían reunirse las familias. Expresa, asimismo, sus reservas sobre el apartado 5 del artículo 13 (que autoriza el mantenimiento de la unidad familiar en el Estado miembro de su elección cuando las distintos miembros disfrutan de protección temporal en Estados miembros diferentes), ya que puede dañar el equilibrio en la distribución de los esfuerzos para al acogida de los beneficiarios de la protección temporal. La experiencia demuestra que determinados Estados miembros son especialmente atractivos para las personas en busca de protección. Por lo tanto, los movimientos migratorios secundarios podrían conducir a un reparto desigual de las cargas y a un aumento desproporcionado de los gastos administrativos. Para prevenir movimientos migratorios secundarios deberían adoptarse disposiciones relativas a la identidad de las personas acogidas, de modo que éstas puedan asignarse a un solo Estado de acogida”. COMITÉ DE LAS REGIONES. *Dictamen del Comité de las Regiones*, pp. 4-5.

71. Artículo 3.1 del Convenio sobre los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de las familias separadas como consecuencia de los desplazamientos masivos, no nos parece adecuado que los intereses de los Estados miembros pesen más que los intereses legítimos de la familia⁷².

Para mayor abundamiento, ni siquiera en estos casos, se prevé o se concede la posibilidad al Estado de disponer permisos temporales de circulación para aquellos familiares separados entre diversos Estados comunitarios o no y que no han procedido a la reagrupación.

No sabemos qué ha de entenderse por “familiares necesitados de protección”, al ser una disposición de reciente incorporación, no aparece nada en la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva* de 2000 que nos arroje alguna luz sobre el tema. ¿Se exigirán los mismos requisitos que para las personas desplazadas descritas en el artículo 2.c) de la Directiva?. Al no existir un sistema de determinación individualizada, ¿cómo se procederá al examen?, ¿no debería existir una presunción de la necesidad de protección por el mero hecho del vínculo familiar, teniendo en cuenta las cualidades de los beneficiarios (huida por conflictos armados, violencia generalizada, etc.)?.

Como puede comprobarse, el problema no es el concepto de familia que incorpora la Directiva, en apariencia bastante amplio, sino la puesta en práctica (esto es, la obligación respecto al cónyuge e hijos menores y la facultad potestativa respecto a los otros familiares, así como el requisito añadido de las “dificultades extremas”), lo que hace que sólo existan obligaciones reales respecto a la familia más nuclear⁷³.

En la aplicación práctica del presente artículo, los Estados miembros podrán contar con la cooperación no sólo del resto de Estados miembros,⁷⁴

72. En el mismo sentido: KÄLIN, W. «Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism», *op. cit.*, p. 63.

73. No obstante estas quejas respecto al texto de la Directiva, nótese, de nuevo, que el texto español de transposición no atiende a estas posibilidades más restrictivas, garantizando la reagrupación familiar extracomunitaria a todos los familiares descritos sin considerar esas “dificultades extremas”. El artículo 21.4 del *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal* se centra más en designar responsables en el procedimiento (la Oficina de Asilo y Refugio) y la necesaria cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes.

74. El artículo 15.8 prevé la obligación de todo Estado miembro de facilitar, a petición de otro Estado miembro, la información indicada en el anexo II sobre los beneficiarios de la Protección Temporal que resulte necesaria para realizar alguna de las diligencias previstas en el presente artículo.

Anexo II: “La información a que se refieren los artículos 10, 15 y 26 de la Directiva incluirá, en la medida de lo necesario, uno o varios de los siguientes documentos o datos:

- a) datos personales de la persona en cuestión (nombre, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, vínculo familiar);
- b) documentos de identidad y de viaje de la persona en cuestión;
- c) documentos probatorios de los vínculos familiares (acta de matrimonio, partida de nacimiento, certificado de adopción);
- d) otra información esencial para determinar la identidad o el vínculo familiar de la persona;

sino también de las organizaciones internacionales pertinentes (artículo 15.7 de la Directiva). A pesar de la labor tan importante que éstas pueden hacer para salvar, en la práctica, las dificultades intrínsecas en la regulación de la reagrupación familiar de la Directiva, la colaboración con ellas no deja de ser una facultad del Estado, sus opiniones no tendrán ningún poder vinculante o recomendatorio.

Efectuado el reagrupamiento se pondrá fin al permiso de residencia anterior para ser el nuevo Estado de acogida el que adquiera la responsabilidad en las obligaciones anteriormente descritas (artículo 15.6 de la Directiva).

9. OBLIGACIONES RESPECTO A LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS.

El capítulo III dedicado a las obligaciones de los Estados respecto a los beneficiarios de la Protección Temporal finaliza con el artículo 16 dedicado a los menores no acompañados⁷⁵.

Los Estados miembros adquieren obligaciones concretas respecto a uno de los grupos más vulnerables entre los desplazados involuntarios. Bien sea por las causas que producen su desamparo o por los propios riesgos de la huida en situación de emergencia, los menores necesitan de una protección y asistencia especiales. Si bien sus cuidados médicos o psicológicos estarían cubiertos por el artículo 13.4, otros aspectos de su protección, especialmente legal, vendrían a cubrirse por esta disposición.

La Directiva obliga a los Estados miembros, en primer lugar (artículo 16.1) a adoptar medidas para garantizar, lo antes posible, que los menores no acompañados dispongan de la adecuada representación. Ésta podrá ser, en principio, una representación legal, o en caso necesario, de una organización

e) permisos de residencia, visados o decisiones de denegación de permisos de residencia expedidos a la persona en cuestión por un Estado miembro, así como los documentos en que se basen dichas decisiones;

f) solicitudes de permiso de residencia o de visado presentadas por la persona en cuestión que estén tramitándose en el Estado miembro, y estado de su tramitación.

El Estado miembro que facilite esta información notificará toda posible rectificación de la misma al Estado miembro requirente”.

Quisiéramos llamar la atención sobre la desaparición en la Directiva vigente del apartado 4 del anterior artículo 13, sobre la flexibilidad respecto a las pruebas documentales, cuya ausencia –en virtud de dicha disposición– no debía considerarse en sí un obstáculo.

Esta disposición resulta coherente con lo dispuesto en el mismo sentido, para los refugiados. Véase ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, para. 195-205.

75. El artículo 2 f), los define como: “los nacionales de terceros países o apátridas menores de dieciocho años que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en la medida que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros”

encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad, o de otro tipo adecuado de representación⁷⁶.

Respecto al alojamiento más conveniente para estos menores, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para posibilitarlo teniendo en cuenta las siguientes posibilidades: alojarlos con miembros adultos de su familia; en una familia de acogida; en centro de acogida con instalaciones especiales para menores o en otro alojamiento con instalaciones adecuadas para menores; con la persona que se ocupaba del menor en el momento de la huida.

La decisión se adoptará en atención a la voluntad de las personas adultas mencionadas y a la opinión del menor, con arreglo a su edad y a su grado de madurez (artículo 16.2 de la Directiva).

Esta disposición facilitará cierta armonización entre los Estados miembros, a la hora de proporcionar atención adecuada a los menores no acompañados. Las legislaciones que ni siquiera abordaran la materia tendrán que hacerlo para la transposición de la Directiva.

En ambos casos, representación legal y acogida, especialmente en el caso de particulares, los Estados deben velar por que los menores no caigan en las redes de tráfico y explotación⁷⁷.

Esta regulación de mínimos que hace la Directiva⁷⁸ se refiere a dos de las fallas más importantes en su protección: la representación legal y las condiciones de la acogida. Sin desmerecer lo anterior, nos sorprende que no se incorpore, de igual forma, los problemas referentes a la reagrupación familiar, necesidad tan acuciante para estos menores. La ausencia de regulación específica, bien en el artículo 15 dedicado a la reagrupación familiar o en el 16 dedicado a la figura de los menores no acompañados, nos parece de los silencios más graves de la Directiva. A mayor abundamiento, ni siquiera se contempla una disposición concreta que autorice la reagrupación por parte del menor. Si éste ha podido huir, y en cambio, sus padres y hermanos permanecen en el país de origen deberían autorizar la reagrupación de la familia también en ese caso.

A tenor del artículo 2.h), los menores también pueden ser reagrupantes pues son nacionales de un tercer país que, disfrutando de la Protección

76. En lo que respecta a España, se dispone que los menores serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, con el conocimiento del Ministerio Fiscal y la representación de un tutor (*vid.* Art. 20.2 del *Reglamento sobre el régimen de protección temporal*).

77. En el mismo sentido, COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva*, para. 2.8, p.24.

78. El Parlamento Europeo había sugerido en su Enmienda número 25, citar expresamente la Convención de los Derechos del Niño. Se pretendía garantizar que las normas mínimas de protección de los menores no fueran más laxas que las previstas en el Derecho internacional. La Enmienda no se incorpora siguiendo la línea de no citar expresamente ninguna convención internacional concreta, lo que no es óbice para su carácter obligatorio en todo caso. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva del Consejo*, p. 17.

Temporal en un Estado miembro a tenor de la decisión tomada con arreglo al artículo 5, desea que miembros de su familia se reúnan con él o con ella. Sin embargo, en la descripción de la familia y la aplicación práctica de la reagrupación, nos parece que no está pensada para este supuesto concreto.

Hubiera sido más conveniente dedicar un apartado concreto que garantizara el derecho del menor a reunirse con su familia, dando absoluta prioridad a este colectivo debido a su vulnerabilidad⁷⁹.

10. EL DERECHO A SOLICITAR ASILO. ¿LA SUSPENSIÓN DE SU DETERMINACIÓN Y LA INCOMPATIBILIDAD DE ESTATUTOS –REFUGIADO Y “ACOGIDO TEMPORAL”– SON LÍMITES POSIBLES?

El acceso al procedimiento de asilo en el contexto de la Protección Temporal se regula en un capítulo independiente en la Directiva, el número IV que abarca los artículos 17 a 19.

En este derecho se dan cita o se encuentran el sistema de protección colectiva (la protección temporal) y el individual (el asilo).

Como instrumento que se pretende esté al servicio de un “sistema europeo común de asilo” y de plena aplicación de la Convención de Ginebra, resulta obligado regular el derecho de los beneficiarios de la Protección Temporal a solicitar el estatuto de refugiado más aún si se considera quiénes pueden ser beneficiarios de la misma.

En virtud del artículo 2.c de la Directiva las personas desplazadas pueden caer eventualmente en el ámbito de aplicación del artículo 1 A de la Convención ginebrina u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional (piénsese en el artículo 3 del CEDH), razón por la cual pueden llegar a ser merecedores del estatuto ginebrino.

Es por ello que no resulta un derecho adquirido con motivo de la acogida temporal –como propio del estatuto que dispone–, sino que resulta un derecho autónomo, el cual, deviene de obligaciones internacionales que la Directiva, de esta forma, únicamente confirma. La completa exclusión del procedimiento de determinación del estatuto de refugiado para aquellos acogidos por el dispositivo temporal hubiera sido del todo incompatible con las obligaciones que dimanaban de la Convención de 1951.

Lo que forma parte del margen de apreciación estatal es la determinación del procedimiento a través del cual éste puede hacerse efectivo y esto es lo que sí resulta característico de la regulación del asilo en el capítulo IV de la Directiva: la *ordenación de su comportamiento* en el marco de un sistema excepcional y subsidiario como el de la Protección Temporal.

79. Fue también la recomendación de ECRE. «ECRE Position of the European Council of Refugee and Exiles on Temporary Protection in the context of a need for a supplementary Refugee Definition», en *JJRL*, vol. 9, nº 3, 1997, p. 540.

Así, la norma de Derecho derivado fijará *cuándo* puede presentarse y examinarse la solicitud de asilo (artículo 17); *quién* resulta el Estado responsable de su determinación (artículo 18); así como, cuál será el *estatuto* jurídico del que disfrutarán los solicitantes mientras dure la tramitación de la misma.

En virtud del artículo 17 de la Directiva:

- “1. Las personas acogidas a la protección temporal deberán poder presentar una solicitud de asilo en cualquier momento.
2. El examen de una solicitud de asilo que no se haya tramitado antes de finalizar el periodo de protección temporal deberá completarse tras la finalización de dicho periodo”.

En función de este apartado segundo es posible interpretar que resultan garantizados tanto el derecho a *presentar* la solicitud de asilo como el *examen* de la misma, obligación ésta última que no pueden eludir los Estados miembros, para lo que la normativa dispone un plazo máximo.

Si la Directiva ha de establecer un límite temporal para el análisis de las demandas de asilo, ello significa que se le permite a los Estados *suspender* este trámite, es decir, que las demandas no sigan los cauces habituales y posponer el estudio de las mismas⁸⁰.

En la medida en que la Protección Temporal atiende a desplazamientos masivos de población que se estima pudieran desbordar los dispositivos de determinación individual de asilo –motivo éste que se encuentra en el origen de la adopción de este sistema de protección–, resulta lógico que la dilucidación de los expedientes pudieran quedar en suspenso. En compensación, las personas beneficiarias de la acogida reciben una protección inmediata y un estatuto similar, aunque de carácter interino.

El problema reside en que no se establecen límites temporales más precisos a esta posibilidad de suspensión, de tal forma que pudiera extenderse hasta el plazo máximo de duración del dispositivo, esto es, tres años.

La Comisión ya había avanzado que la Directiva no debía obligar a los Estados miembros a establecer o no mecanismos de suspensión del examen de las solicitudes, a prohibir o no la acumulación del estatuto de solicitante de asilo con el de protección temporal etc., por el contrario, debía establecer condiciones por las que se garantice plenamente el acceso al procedimiento a

80. Posibilidad jurídica a la que se habían opuesto, durante el procedimiento de redacción de la Directiva, las delegaciones española y francesa. *Vid.* KERBER, K. «The Temporary Protection Directive», *op. cit.*, p. 206.

Resulta lógico, pues, que la normativa española de transposición no recoja esta posibilidad de suspensión del procedimiento. Así, el artículo 22 del *Reglamento sobre el régimen de protección temporal* dispone: “Las personas beneficiarias de protección temporal podrán, en su calidad de extranjeros, solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado conforme a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y su Reglamento de aplicación, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (...)”.

las personas que lo desean, y aunque ello supusiera disfunciones entre la normativa estatal de transposición, resultarían en torno a un principio común sólido⁸¹.

A pesar de que se reconoce el carácter de mínimos de la Directiva, hubiera resultado más conforme con las obligaciones internacionales permitir la suspensión durante el primer año de duración del dispositivo –contando con el visto bueno de la Comisión, lo que hubiera impregnado la norma de una mayor comunitarización–, procediendo a un análisis de las demandas de asilo u otra protección internacional una vez se hubiera decidido la prórroga del sistema un año más⁸².

81. *Propuesta de Directiva de 2000*, para. 5.7.

82. También. ILPA *Response to proposed EC Directive on minimum standards of temporary protection*, 3 octubre 2000, pp. 7 y 17.

A sensu contrario, el Profesor Hofmann considera que la Directiva logra el suficiente equilibrio entre los intereses de los Estados y de las personas afectadas. Cfr: HOFMANN, R. «Das Konzept des Vorübergehenden Schutze (Temporary Protection): Regionales Völkerrecht durch Art. 63 Abs. 1 nr.2 EGV», *op. cit.*, p. 884.

El Consejo de Europa se manifestaba conforme con la posible suspensión del derecho a solicitar asilo siempre que su estudio no se demorase demasiado en el tiempo. CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. *Recomendación Nº R (2000) 9 on temporary protection*. Recomendación nº 8.

ACNUR, en un principio no muestra su rechazo a esta opción (Consejo de Ministros, 1992. *Conclusión on People displaced by the conflict in the Former Yugoslavia*, 10518/92. London, 30.11/1.12, p. 2.). También en: *Note on International Protection* (ACNUR. A/AC.96/830, 1994, para. 3:

“(…) while persons receiving temporary protection should not be precluded from applying for refugee status, the consideration of such claims could be suspended while they enjoyed temporary protection”.

El Comité Económico y Social también considera su beneplácito sobre la medida por los siguientes motivos:

“Cabe acoger muy favorablemente que la Directiva propuesta establezca una clara distinción entre la política de protección temporal y la de asilo, aun dejando abierta a las personas que se benefician de la protección una clara posibilidad de acceder al procedimiento para el reconocimiento del estatuto de refugiado. Esta «pasarela» a la que se puede acceder hasta el final del periodo de protección temporal es conveniente porque deja a los interesados la posibilidad de reflexionar con calma y conocimiento de causa antes de tomar una decisión y, por tanto, evita que los sistemas de asilo comunitario se saturen ante un número de solicitudes imprevisto y masivo. De hecho, en muchas ocasiones las personas desplazadas tienden a solicitar el estatuto de refugiado porque no tiene una alternativa clara, aunque ello no se corresponda con sus expectativas ni con sus necesidades contingentes: en ese tipo de casos, si se concede el estatuto de refugiado suele producirse después de rigideces y dificultades administrativas y prácticas para un eventual regreso a corto plazo, si las condiciones generales del país o de la zona de origen se modifican en sentido positivo”.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva*, para. 2.6.

La Asociación de Derecho Internacional (ILA), se muestra a favor, pues no considera que ponga en peligro la protección debida a estas personas ni que pudiera estar en contra del Derecho internacional en la materia, a diferencia de lo que ocurriría si los excluyeran del todo de la posibilidad de solicitar asilo, algo que podría contradecir los principios básicos del DIR. ILA. *Committee in Refugee Procedures. Delbi Conference (2002), Final Report and Draft Guidelines on Temporary Protection*, para. 7.

Permitir extender la suspensión hasta tres años podría suponer importantes desventajas para los desplazados, algo que nos lleva a pensar en las cualidades del dispositivo de Protección Temporal más que como complemento al sistema de asilo como una forma de disuadir del mismo. El paso del tiempo impone mayores dificultades en la determinación del estatuto de refugiado; entre otros impedimentos resultará más difícil la presentación de pruebas en torno a la persecución individualizada que se alega. Si además, el dispositivo de Protección Temporal ha cesado en virtud de una decisión del Consejo que dispone el regreso seguro y duradero de los previamente acogidos (artículo 6.2 de la Directiva), mayores dificultades encontrarán éstos solicitantes de asilo para la demostración de su necesidad de protección internacional. Resultará determinante, pues, la forma en la que se ponga fin al dispositivo. Si éste se extingue por la propia expiración de su periodo de vigencia máximo (tres años), mayores posibilidades de que los cambios necesarios y exigibles que hubieran de producirse en el país de origen no se hubieran producido y aún existieran motivos para la acogida en el extranjero.

La cuestión, en definitiva es, antes de “silencio” de “falta de ponderación y proporcionalidad” a fin de atemperar el efecto o impacto mayor e inmediato que sobre determinados colectivos puede generar –recuérdese que las obligaciones internacionales impiden establecer trabas desproporcionadas al acceso al procedimiento de asilo, quizás pudiera considerarse la suspensión en tan largo periodo de tiempo una de ellas.

Al menos, se ha evitado la aplicación del *Reglamento 2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país* y que sustituye al Convenio de Dublín en la materia⁸³. En función del artículo 18:

“Se aplicarán los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo. En particular, el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo presentada por el beneficiario del régimen de protección temporal adoptado en virtud de la presente Directiva será el Estado miembro que haya aceptado su traslado a su territorio”.

Acepta su traslado tanto aquel que acoge a los beneficiarios tras la decisión del Consejo y en virtud del reparto de responsabilidades, como aquel que permitió el traslado por reunificación familiar.

83. Reglamento (CE), nº 343, DOCE nº L. 50 de 25/02/2003.

A pesar de que en la versión inmediatamente anterior a la Directiva vigente (*Propuesta de Directiva de 2000*, artículo 17) se contemplaba la aplicación del Convenio de Dublín –de efectos tan negativos para los acogidos y pocos eficaces a efectos prácticos–, finalmente se opta por designar como Estado responsable del estudio de la demanda de asilo a aquel que accedió a la previa acogida temporal, tal y como recomendaba el Parlamento Europeo en sus enmiendas a la *Propuesta de Directiva* de 2000 (enmienda número 26).

Finalmente, el artículo 19 nos devuelve al terreno de las medidas disuasorias:

- “1. Los Estados miembros podrán disponer que no pueda acumularse el beneficio de la protección temporal con el estatuto de solicitante de asilo cuando se esté estudiando la solicitud.
2. Cuando, tras haberse procedido al examen de una solicitud de asilo o, en su caso, de otra forma de protección de una persona que pueda beneficiarse o que ya disfruta de la protección temporal, sea denegada dicha solicitud, los Estados miembros dispondrán, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 28, que dicha persona disfrute o pueda seguir disfrutando de la protección temporal durante el periodo de dicha protección que quede por transcurrir”.

Aunque se pretende –y así se exigiría, en cualquier caso, a través de las normas internacionales– que la acogida temporal y el derecho de asilo sean instituciones complementarias y no excluyentes, los Estados miembros pueden diferenciar de hecho y en la práctica el estatuto de ambas categorías⁸⁴.

Si bien la superposición de estatutos podría plantear problemas en la práctica, de ahí lo aconsejable de una diferenciación *a priori*, el interés superior de la protección de las personas en peligro así como una interpretación finalista de la norma hubiera exigido la aplicación del estatuto más beneficioso en cualquier caso. De igual modo, hubiera sido imprescindible prever la consolidación de aquellos beneficios como permisos de trabajo o análogos que pudieran de otro modo suspenderse o denegarse tras la presentación de la solicitud de asilo.

Estas previsiones hubieran evitado las suspicacias provocadas en aquellos analistas preocupados por las posibles consecuencias negativas que la protección temporal pudiera de hecho o por derecho suscitar en la institución del asilo⁸⁵.

84. También España: *Reglamento español sobre régimen de protección temporal*, artículo 22 *in fine*.

85. Por ejemplo, el profesor Quel López considera la disposición como una forma de “penalizar” a los solicitantes de asilo QUEL LÓPEZ, F. Javier. «El acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto de tercer país seguro y movimientos irregulares)», en (Fernández Sánchez, Pablo A. editor), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, *op. cit.*, p. 184.

De igual modo, el Profesor Kálin considera que «may be used in a manner that deters genuine Convention refugees to ask for asylum», KÁLIN, W. «Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism», *op. cit.*, p. 15.

El mismo Parlamento Europeo llamó la atención sobre el posible efecto desincentivador e incluso la comisión de abusos por parte de los Estados, para evitar lo cual proponía la siguiente enmienda número 17: “Los Estados miembros asegurarán que las personas que disfruten de protección temporal conserven los derechos que les han sido concedidos en el marco del régimen de protección temporal mientras se estudian sus solicitudes de asilo. Las disposiciones relativas a la protección temporal se aplicarán hasta el final del régimen de protección temporal”.

PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva del Consejo*, *op. cit.*, p. 18.

En definitiva resulta una regulación ciertamente precaria en cuanto a su efectos comunitarizadores. Los Estados tienen ahora la responsabilidad de salvar las citadas deficiencias normativas, procurando el examen de las solicitudes de asilo en el plazo más breve posible que permitan sus estructuras internas, así como evitando la suspensión de alguno de los derechos adquiridos en virtud de la Directiva de Protección Temporal y que pudiera verse perjudicado si el Estado opta por la no acumulación de estatutos.

También: ECRE. *Observation of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's draft directive on temporary protection and responsibility sharing*, enero 2001, p. 10.

CAPÍTULO V
COMPETENCIAS DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS Y
DE LOS ESTADOS MIEMBROS; PROCEDIMIENTO Y FORMA
DE EJERCICIO RESPECTO DE LA DURACIÓN Y APLICACIÓN
DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL

I. LA ACTIVACIÓN O APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL: PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIAS.

Los artículos 5 y 6 de la Directiva, principal objeto de análisis de este Capítulo Quinto, constituyen las disposiciones más relevantes de la norma de Derecho derivado que analizamos –el núcleo duro en palabras de la Comisión¹–. Su importancia radica en dos aspectos principales.

En primer lugar, se trata de las disposiciones *llave* del sistema, pues no en vano nos dan las claves para iniciar la Protección Temporal de la Directiva, así como las fórmulas para ponerle fin. Desde esta perspectiva, aun cuando se trate de normas de procedimiento en sentido amplio (competencias, organización, facultades de apreciación, tramitación, plazos, etc.) pueden considerarse la *pedra de toque del sistema*, pues la realidad o la viabilidad misma de la protección temporal como instrumento normativo se pone a prueba aquí. En efecto, el concepto de protección temporal, el presupuesto material que le da vida, o las causas de cesación, entre otros relevantes extremos, dependen en buena medida de las facultades de apreciación o valoración que la Directiva reconoce en favor del Consejo; de las potestades de proposición de la Comisión o de la competencia atribuida a los Estados miembros para la adopción de las decisiones pertinentes, temas éstos de los que se ocupan los artículos 5 y 6 que aquí se consideran. En otras palabras, la regulación comunitaria de esta materia se expresa ante todo por medio de normas de procedimiento (organización, competencias, tramitación), esto es, a través de la división y articulación de las distintas competencias (Estados, Consejo, Comisión) en torno a un procedimiento para la toma de decisiones.

En segundo lugar, estas disposiciones simbolizan o expresan la comunitarización de un *procedimiento* decisorio antes intergubernamental. El avance

1. *Propuesta de Directiva de 2000*. Exposición de Motivos, para. 5.5.

normativo de la Directiva, representado en estos artículos, resulta de la posibilidad que ofrece de actuación conjunta de los Estados miembros frente a los desafíos de los flujos masivos de personas. Con la entrada en vigor de esta norma y su consiguiente transposición en los ordenamientos internos, tanto la activación como la cesación del régimen de Protección Temporal de la Directiva sólo será posible a través de una decisión del Consejo por mayoría cualificada a iniciativa de la Comisión.

La cesión de competencias en la materia aunque no absoluta, como veremos, supone la culminación de un largo proceso que nos lleva desde las primeras iniciativas intergubernamentales –celosas de la soberanía estatal, en una materia tan delicada para los Estados–, hasta la armonización y casi comunitarización de la Protección Temporal en la actualidad.

Con la finalidad de reflexionar sobre estos extremos hemos dividido el Capítulo Quinto en dos partes principales: la primera dedicada al análisis de la activación del sistema (artículo 5 de la Directiva) y la segunda centrada en la cesación del mismo (artículo 6 de la Directiva). En ambos se profundiza en la distribución de competencias entre los actores implicados y su forma de ejercicio, al hilo que se analiza algunas de las características más interesantes de la Protección Temporal europea.

I. PRESUPUESTO DE HECHO QUE DESENCADENA LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: LA EXISTENCIA DE “UNA AFLUENCIA MASIVA DE PERSONAS DESPLAZADAS”. LAS FACULTADES DE APRECIACIÓN.

A. LA CONCURRENCIA DEL PRESUPUESTO DE HECHO.

Centrándonos ya en la activación o aplicación de la Protección Temporal, observamos que ésta se hace posible a través de una decisión del Consejo, de aplicación obligatoria en todos los Estados miembros, que determinará *la condición de afluencia masiva de personas desplazadas*.

Según el artículo 5.1 de la Directiva:

“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 cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo”.

Como puede comprobarse, la decisión del Consejo que inicia el procedimiento tiene por *objeto* determinar, con carácter *previo*, la existencia de una afluencia masiva. La finalidad del entero procedimiento de aplicación de la Protección Temporal que regula el artículo 5 no es otro que el de constatar la existencia de esa afluencia. Tal es, en efecto, el único criterio sustantivo de una disposición destinada a normas de procedimiento en sentido amplio: iniciación, órgano o institución competente, descripción del acto definitivo, etc.

Constatar la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas supone, en efecto, el requisito *sine qua non* que da sentido al dispositivo de Protección Temporal; resulta la condición de partida que condiciona el resto del procedimiento, su desencadenante necesario. Ya avanzábamos cómo la Protección Temporal en Europa resulta una respuesta a los desplazamientos masivos de población en exclusiva. Por tanto, la comprobación de esta circunstancia resulta su excepcional y necesario presupuesto de hecho. En ausencia de flujo masivo, este sistema de protección no está llamado a ser medida para ningún otro tipo de éxodo. De esta forma, la Protección Temporal se convierte en una *fórmula de excepción*, en un mecanismo llamado a garantizar la seguridad en casos extraordinarios, pues, aunque bastantes más comunes que antaño –dadas las características de los conflictos internacionales desencadenantes de los desplazamientos humanos–, las afluencias en masa aún conservan esa cualidad anómala.

Las características básicas de la Protección Temporal –la temporalidad y la excepcionalidad, o la misma comunitarización– vienen predeterminadas precisamente por su presupuesto de hecho, esto es, por la existencia de la afluencia masiva. Las notas que adornan este dispositivo no son sino una consecuencia, en efecto, de la concurrencia de un singular presupuesto fáctico cual es la emergencia o aparición de un flujo masivo.

Aunque en un principio –fundamentalmente a nivel doctrinal pero también en el plano normativo–, los dispositivos de acogida temporal estaban pensados para aquellos desplazamientos de personas que cayeran fuera del ámbito jurídico de la Convención de Ginebra, ya fueran o no masivos, hoy día es unánime la opción de dedicación exclusiva para los casos de afluencia a gran escala –incluyendo asimismo a los refugiados–, y, por tanto, su utilización sólo de forma excepcional.

B. FACULTADES DE APRECIACIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DEL PRESUPUESTO DE HECHO.

Si bien la opción de la Directiva por servir de respuesta a los flujos masivos es clara, como se acaba de observar, no lo es tanto la delimitación de ese presupuesto de hecho en sí. La condición que desencadena la Protección Temporal, esto es, “la afluencia masiva de personas desplazadas” resulta un concepto *indeterminado* en Derecho, de difícil concreción *a priori*. Tal y como veíamos en el capítulo conceptual, los criterios interpretativos, ya fueran cuantitativos o de otra índole, no son susceptibles de proporcionar una exacta definición de sus límites, dejando al margen la necesaria ductilidad del fenómeno. Cualquier intento sesgado de determinación resultaría pobre e insuficiente, incapaz de aprehender el fenómeno en su integridad. Quizás hubiera sido necesario aportar algunos criterios de interpretación cuya concurrencia pudiera actuar a modo de *síntomas* de la gravedad del desplazamiento forzoso, cualidad o condición que nos conduciría a las puertas de la

Directiva. Ello sin caer en la fórmula contraria de definición en exceso detallada, encorsetando un concepto sociológico necesariamente flexible, amoldable a la evolución de los conflictos internacionales generadores de éxodos humanos.

La afluencia masiva, por tanto, está sujeta necesariamente a una determinación *ad hoc*, supeditada a las circunstancias históricas que irán marcando sus coordenadas en cada caso concreto.

La principal consecuencia que resulta de este fenómeno es la imposibilidad de “precisar con exactitud” cuándo nos encontramos ante un flujo de personas desplazadas, susceptible de ser objeto de la acción conjunta que propone la Directiva.

En la medida en que no se pueden fijar criterios cuantitativos para declarar una afluencia masiva, deviene un concepto lo suficientemente versátil como para servir de respuesta a diferentes situaciones de emergencia, pero a la vez, tan flexible que deja un amplio margen de maniobra al Consejo (recuérdese que en virtud del artículo 5.1 la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas *se constatará* por una decisión del Consejo).

El órgano responsable de su constatación conserva amplias facultades de apreciación, siendo ésta una de las características más singulares del sistema de Protección Temporal. La puesta en marcha del dispositivo depende de una decisión fundamentalmente *discrecional* dada la imprecisión de su objeto. El Consejo obtiene esa facultad derivada de una competencia no reglada.

Sin embargo, aunque la decisión del Consejo ha de ser necesariamente discrecional, no puede ser arbitraria. Es por ello, que el dispositivo se halla rodeado de garantías que vienen a suplir las posibles deficiencias de la indeterminación.

En primer lugar, la Directiva establece un concepto abierto de desplazamiento masivo, que, sin embargo, no significa “un cheque en blanco” (recuérdese el artículo 2 c. de la Directiva que describía el fenómeno como un *número importante de personas*). De entrada, eso significa que con las facultades de apreciación (de la Comisión, en cuanto propone, y del Consejo en la medida en que aprecia finalmente), no se puede llamar (o dejar de llamar) “desplazamiento masivo” a cualquier cosa.

Un segundo límite a las facultades de apreciación viene representado por los instrumentos o técnicas ordinarias de control jurídico del ejercicio de la discrecionalidad técnica o del margen de apreciación (control de los hechos determinantes; desviación de poder; respeto de los principios generales del Derecho, como la igualdad y proporcionalidad; etc.).

Finalmente, las garantías procedimentales, la división o reparto de competencias, la mayoría cualificada requerida para adoptar una decisión de tal calado; entre otros extremos, constituyen un instrumento adicional. Todas estas cuestiones serán analizadas en los epígrafes siguientes.

Dicho esto, ha de entenderse como fenómeno normal que la norma renuncie a predeterminar la respuesta del órgano o institución y que, por ello,

le confíe ese margen de apreciación o libertad que, aunque restringida, tal como se acaba de notar, no deja por ello de ser relevante. Qué sea un número importante de desplazados es algo que, de forma natural, pertenece decidir, en virtud de la Directiva, a los órganos comunitarios, y tal apreciación o decisión será, jurídicamente legítima e irreprochable, mientras no choque o desborde los criterios antes señalados. Vale la imagen del marco que representa la mesa de billar: la bola puede moverse libremente por el campo de juego, mientras no salga de él.

2. COMPETENCIAS COMUNITARIAS Y ESTATALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN TEMPORAL.

El procedimiento de aplicación de la Protección Temporal resulta ser una de las materias de mayor interés en el estudio de la Directiva, en la medida en que constituye una suerte de *retrato* del sistema de protección ideado para Europa. El punto neurálgico del artículo 5, su sistema de distribución de competencias, nos ofrece las claves que dan respuesta a las principales cuestiones que suscita el dispositivo que describe la Directiva europea.

Basta este artículo para observar que la norma de Derecho derivado no se limita a una labor armonizadora del contenido de los dispositivos de protección temporal nacionales, de modo que los Estados pudieran decidir unilateralmente con una base uniforme o unitaria en cada uno de ellos; no sólo eso, la Directiva va más allá de la armonización ofreciendo una *vía alternativa de protección* frente a la afluencia masiva. Con esta norma, los Estados miembros se han comprometido a dar una respuesta *común* que parte del propio Consejo y no de la voluntad soberana de sus miembros.

Así, al lado de la *estrategia individual* se ofrece una *estrategia comunitaria* con un contenido y reglas de procedimiento concretos. En función de lo anterior, la Directiva no crea una competencia exclusiva de la Comunidad en virtud de la cual, en caso de afluencia masiva, necesariamente han de actuar en conjunto; sino que, a falta de una decisión del Consejo, los Estados miembros son libres de adoptar las medidas que estimen oportunas, de manera autónoma, para proteger a estos colectivos. Eso sí, se trata de una *competencia compartida pero excluyente*, pues adoptada la decisión a la que alude el artículo 5 de la Directiva, es de aplicación obligatoria para los Estados miembros que replegarían o reconducirían sus medidas internas si éstas se iniciaron.

Europa podía haber optado por armonizar el estatuto jurídico de los desplazados mediante la aproximación de las legislaciones con el objeto de evitar movimientos secundarios entre los Estados miembros, pero quedando bajo voluntad soberana el despliegue del dispositivo, a merced de cierta coordinación *ad hoc*. También podía haber optado por atribuirle la competencia exclusiva a la Comunidad, de tal forma que las crisis de emergencia provocadas por los casos de afluencia masiva pasaran a formar parte de las materias excluidas de la voluntad de los Estados, que sólo podrían actuar a tenor de la decisión del Consejo.

Por el contrario, la Directiva supone una respuesta *más*, una vía alternativa comunitarizada y, como veremos, solidaria en el reparto de las cargas, que se ofrece con tintes de mayor eficacia y equilibrio, en los casos que determine el Consejo, repetimos, de forma discrecional (discrecionalidad técnica o margen de apreciación), según estime que nos hallamos ante una afluencia masiva que demanda una respuesta concertada.

La Directiva ha optado por un modelo concreto, esto es, por asignar una posición determinada a la Comunidad en el ámbito de la protección temporal con relación a los Estados miembros; y, segundo, que el artículo 5 de la misma constituye un símbolo del papel que a aquélla le corresponde, encarna el grado de comunitarización de la materia.

De estos dos puntos resultaría que:

La Directiva ha comunitarizado la materia (hasta el extremo de que artículos como el presente no son susceptibles de transposición alguna), si bien la asignación de la competencia no lo es en su integridad o con carácter exclusivo, sino concurrente; ha establecido un régimen jurídico de protección temporal que requiere de una transposición nacional de ciertos elementos (*v.gr.*, los derechos de los beneficiarios), de un lado, y un desarrollo normativo o régimen propio, de otro, que ya no constituye una transposición en sentido técnico, sino una regulación propia, aunque, eso sí, basada en los mismos o análogos principios según los casos, del sistema comunitario, bien para otorgar el régimen nacional de protección temporal en la hipótesis de que la Comunidad no intervenga; bien cuando haya finalizado la Protección Temporal comunitaria. Parece tener pues, una naturaleza *mixta*.

3. PROCEDIMIENTO DE INICIACIÓN: ÓRGANO COMPETENTE Y RELACIONES INSTITUCIONALES.

El artículo 5.1 describe el procedimiento para poner en marcha el dispositivo de Protección Temporal. Según la citada disposición:

“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”².

De estos términos resulta que la institución competente para *iniciar* el procedimiento es la Comisión, bien sea de oficio o a instancia de un Estado miembro, cuya solicitud de activación tiene el deber de examinar.

La propuesta de la Comisión, que ha de observar un contenido mínimo (artículo 5.2), desemboca en el Consejo que es la institución competente para *decidir* la aplicación de la Protección Temporal, conforme a la Directiva. La

2. La cursiva es de la autora.

decisión del Consejo no sólo ha de tener un contenido mínimo (artículo 5.3) sino también, una fundamentación concreta (artículo 5.4).

Se trata de una decisión que nace de la colaboración del tándem Comisión-Consejo, pues no se prevé la participación del Parlamento Europeo en esta fase del procedimiento, debiendo únicamente ser informado una vez sea adoptada la decisión final (artículo 5.5).

Sirva esta breve descripción del procedimiento de iniciación de avanzada de un análisis más pormenorizado del sistema a través del estudio de las distintas competencias reconocidas o asignadas por la Directiva a los Estados miembros, la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo en la materia.

A. COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

A. FACULTAD PARA INTERESAR DE LA COMISIÓN EL EJERCICIO DE SUS POTESTADES DE INICIACIÓN MEDIANTE PROPUESTA.

En función del artículo 5.1 *in fine*, los Estados miembros están facultados para solicitar a la Comisión que se active el régimen comunitario de Protección Temporal. No están autorizados a dirigirse directamente al Consejo, que sólo puede estudiar la propuesta que venga de la Comisión aunque sean Estados inmediatamente afectados por la afluencia masiva. Es, pues, la Comisión la que ostenta el monopolio para proponerle al Consejo la toma de decisiones.

La facultad de los Estados se mueve, por tanto, en el ámbito puramente *procedimental* y no tiene otro alcance que el de interesar de la Comisión el ejercicio de sus potestades de iniciativa³.

En la *Propuesta de Acción Común* de 1997 y la modificada de 1998, el derecho de iniciativa lo compartían la Comisión y los Estados miembros; según el artículo 12 de estos documentos, la iniciativa podía provenir de cualquiera de ellos. La mayor relevancia del papel asignado a los Estados en este antecedente normativo podría deberse a las diferentes competencias en la materia distribuidas en el marco del Tratado de Maastricht y en el Tratado de Amsterdam. En un procedimiento gobernado por la cooperación intergubernamental resultaba lógico atribuir una mayor potestad a los Estados. Sin embargo, *a posteriori*, inmersos en un proceso de mayor integración normativa, la cesión de competencias y el juego de equilibrios institucionales provoca que la iniciativa pertenezca en exclusiva a la Comisión.

3. De acuerdo con la Directiva, el artículo 5.1 del *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal* dispone: "El Consejo de Ministros podrá solicitar a la Comisión Europea que eleve al Consejo de la Unión Europea una propuesta para que declare la protección temporal, que incluya una descripción de los grupos concretos de personas a los que se aplicaría y de las necesidades del Gobierno español para hacer frente a la situación creada".

En todo caso, la información privilegiada de los Estados miembros no es despreciada por la institución con más poderes; muy al contrario, el Consejo se basará en ella –eso sí, al mismo nivel, formalmente, que la información de la Comisión, el ACNUR y otras organizaciones internacionales pertinentes (artículo 5.4 c. de la Directiva)–, a la hora de adoptar la decisión de activación. Será uno de los elementos en los que se base la misma. De igual forma, será un elemento del contenido mínimo obligatorio que debe observar la decisión. Esta información formará parte del cuerpo de la decisión de activación y resulta, por tanto, de sumo interés.

B. EL DEBER DE SOLIDARIDAD Y LA FACULTAD DE EXPRESAR SU DISPONIBILIDAD.

Si llegamos a este punto, si efectivamente la Comisión ha presentado una propuesta y está siendo considerada por el Consejo, en esta fase del procedimiento, los Estados han de informar sobre su capacidad de recepción (artículo 5.3.c.). La Directiva de Protección Temporal se basa y articula en torno a un sistema de distribución de responsabilidades tanto físicas (reparto de los desplazados) como presupuestarias, de tal forma que todos los Estados miembros se comprometen a acoger a los desplazados en su territorio con *espíritu de solidaridad comunitaria* (volveremos sobre este punto con más profundidad en el Capítulo Séptimo).

Según el artículo 25.1 de la Directiva indicarán sus disponibilidades de acogida de manera numérica o general. En ellas se basará el Consejo para proceder a la distribución de los desplazados, lo que no es óbice para que los Estados decidan aumentar su capacidad de acogida con posterioridad a la adopción de la decisión⁴.

Esta competencia tiene una mayor trascendencia; se diría que se trata de una competencia más *sustantiva*. No sólo va a condicionar la distribución de los desplazados a la que proceda el Consejo (órgano cuya decisión habrá de basarse necesariamente en esta información), sino que representa una muestra del delicado equilibrio de poder entre los Estados y las instituciones comunitarias por el que apuesta la Directiva.

El Consejo adopta la decisión de aplicar la Protección Temporal pero no se le permite imponer criterios de reparto, sino que debe adaptarse a la volun-

4. Artículo 25.1 de la Directiva: “Los Estados miembros acogerán con espíritu de solidaridad comunitaria a las personas que pueden optar al régimen de protección temporal. Indicarán sus posibilidades de acogida de manera numérica o general. Estas indicaciones figurarán en la decisión del Consejo a 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 a ACNUR de dichas indicaciones”.

En el caso del Reglamento español, el artículo 5.2 dispone que tanto la información sobre la capacidad de recepción como la facultativa disponibilidad suplementaria serán comunicadas por el Ministro del Interior, previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería.

tad soberana que, en este sentido, manifiesten los Estados. En todo caso, éstos están sujetos 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. Se volverá sobre este punto más adelante.

B. COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN EUROPEA.

A. FACULTAD DE PROPUESTA.

La Comisión es la institución sobre la que pivota la iniciación del procedimiento. Se confía, por tanto, en el órgano defensor de los intereses comunes y no en los individualmente considerados para desencadenar un dispositivo de Protección Temporal.

Aquí, la Comisión, al igual que acontece con la iniciativa legislativa, tiene la facultad de proponer la activación del sistema de Protección Temporal. Constituye el órgano o institución que aporta la visión o perspectiva comunitaria por excelencia, la perspectiva "global", frente a la que ofrecerá el Consejo, en cuanto órgano de representación territorial, siendo una y otra complementarias.

Comisión y Consejo se reparten una facultad de apreciación respecto de la concurrencia o no de la afluencia masiva y de las medidas a adoptar. 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. 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.

La propuesta de la Comisión puede serlo de oficio o instancias de un Estado. Efectivamente, la Comisión tiene la *obligación de examinar cualquier solicitud de un Estado* miembro que presente una propuesta al Consejo. Al igual que en el caso anterior, la respuesta de la Comisión habrá de ser motivada y así la iniciativa estatal también supone una garantía de acierto como consecuencia de este reparto de potestades que la Directiva establece.

B. CONTENIDO DE LA PROPUESTA

La Directiva no sólo regula la *facultad de propuesta* de la Comisión, sino que dispone un contenido básico para la expresión de su ejercicio. Así, la propuesta de la Comisión contendrá, como mínimo:

- "a) una descripción de los grupos concretos de personas a los que se aplicará la protección temporal;

- b) la fecha en la que surtirá efecto la protección temporal;
- c) una estimación de la magnitud de los movimientos de personas desplazadas.⁷⁵

Por el tenor literal del precepto, parece que las cuestiones básicas a saber son *quién, cuándo y cuántos*.

La propuesta de la Comisión se vería obligada a describir el colectivo de personas afectado: características en cuanto a su origen geográfico, motivos de la ausencia de protección nacional, volumen del flujo producido o inminente, y la fecha en que proponen debería desplegarse el dispositivo. Este último dato puede servir para medir la urgencia y, por tanto, el margen de maniobra del que dispone el Consejo y también da idea de que la propuesta de la Comisión, si debe ir con fecha de comienzo incluida, resultará del todo determinante.

Por último, la información de la Comisión es atendida por el Consejo, como uno de los elementos en los que ha de basarse para justificar la decisión de establecer un dispositivo de Protección Temporal (artículo 5.4.c.). Esa misma información aparecerá en la decisión del Consejo a modo de anexo. Supone parte de su fundamento y, a la vez, de su motivación.

El citado contenido parece ser la conclusión final y formalizada de la propuesta que habrá de remitirse al Consejo. Con todo, es evidente que, antes de llegar a esa conclusión en forma de propuesta, habrá de motivar que se da el presupuesto de hecho, que se cumplen los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, etc.

C. COMPETENCIAS DEL CONSEJO: LA DECISIÓN DE ADOPTAR EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE PROTECCIÓN TEMPORAL.

En primer lugar, el Consejo debe constatar la existencia de una afluencia masiva y, en consecuencia, determinar la aplicación en todos los Estados miembros de la Protección Temporal, conforme a las disposiciones de la Directiva. Comprobado el presupuesto de hecho, se adopta la decisión en Derecho, siempre sujeta a los requisitos del sistema de votación de mayorías.

Se confía, por tanto, en la institución representativa de los Estados miembros –el órgano intergubernamental–, para adoptar la decisión final y definitiva; no en vano, es el Consejo el que ejercita las principales atribuciones decisorias (y normativas) en los Tratados constitutivos. Una decisión de tal calado no podía ser una excepción.

El artículo 205 TCE prevé tres modalidades de votación para la adopción de los actos mediante los que el Consejo ejerce las competencias que le atri-

5. Artículo 5.2 de la Directiva.

En la *Propuesta de Directiva* de 2000, no se concretaba un contenido mínimo para la propuesta de activación de la Comisión, éste ha aparecido, en unos términos parecidos al considerado para la decisión del Consejo, en la versión definitiva.

buyen los Tratados –mayoría simple, cualificada y unanimidad–, el artículo 5.1 de la Directiva opta por la *mayoría cualificada*. Se trata del procedimiento utilizado con más frecuencia, y se calcula de acuerdo con un voto ponderado⁶. El sistema de formación de la voluntad elegido por la Directiva ha sido aplaudido por los principales interlocutores de la Comisión. Sus ventajas pueden evidenciarse en el procedimiento, que resultaría mucho más ágil del que puede deducirse de la mayoría absoluta, con lo que supone de largas negociaciones al efecto. Pero sus consecuencias de fondo resultan mucho más interesantes aún. Se imposibilita el ejercicio de un derecho de veto paralizante; la negativa de un solo Estado que, con un sistema de unanimidad, bloquearía todo acuerdo comunitario⁷.

En definitiva, supone un paso más hacia la integración en detrimento de las iniciativas intergubernamentales al estilo del Derecho internacional más clásico y, por tanto, más apegado a la soberanía nacional. Por otro lado, nos proporciona un dato más de la importante flexibilidad con la que puede actuar el Consejo en esta materia.

6. Una de las cuestiones más difíciles de consensuar y que permanecían pendientes de decisión desde Amsterdam era la ponderación de votos para cada Estado en el Consejo con objeto de calcular la mayoría cualificada y el umbral mínimo necesario para conseguir la adopción de las decisiones que requiriesen ese sistema de votación en una Europa a veinticinco –cuestión, por tanto, de vital importancia–. En las horas finales de la Cumbre de Niza, se logra un acuerdo que ha entrado en vigor a partir del 1 de enero de 2005 y que en esencia corrige la sobrerrepresentación de los Estados menos poblados a favor de los grandes.

Los votos que según el Tratado de Niza corresponderían a cada Estado y a los candidatos a la adhesión, después de la reponderación son: Alemania: Reino Unido, Francia e Italia: 29; España y Polonia: 27; Rumanía 14; Países Bajos: 13; Grecia, República Checa, Bélgica, Hungría y Portugal: 12; Suecia, Bulgaria y Austria: 10; Eslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Irlanda y Lituania: 7; Letonia, Eslovenia, Estonia, Chipre y Luxemburgo: 4 y Malta 3.

7. Entre las instituciones comunitarias *vid. v.gr.* Comité de las Regiones: “El Comité de las Regiones acoge favorablemente la propuesta de constatar la afluencia masiva de personas desplazadas mediante decisión del Consejo adoptada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión. El hecho de que no sea necesaria una decisión por unanimidad hace posible prestar rápidamente la ayuda humanitaria en situaciones de emergencia”. COMITÉ DE LAS REGIONES, *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva*, para. 13.

También el Comité Económico y Social: “El CES valora positivamente el hecho de que la constatación de una *«afluencia masiva»*, se haga depender de una decisión del Consejo, porque sólo de la responsabilidad colectiva asumida en dicho órgano es posible esperar una eficacia y una operatividad reales (...). Por lo tanto, la mayoría cualificada es el procedimiento de votación adecuado porque, de otro modo, una votación por unanimidad podría *«provocar largas negociaciones entre los Estados y permitir asimismo el veto de hecho de un solo Estado»*. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva*, para. 2.

En el mismo sentido, *vid.* entre las ONGs, ECRE: “ECRE welcomes the references to qualified majority voting (QMV) in the draft directive (...)”. ECRE, *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing* (enero 2001). Comentario al artículo 5.

D. COMPETENCIAS DEL PARLAMENTO EUROPEO.

Como dijimos en la introducción a este apartado, el PE carece de competencia en la fase de iniciación del procedimiento. Asimismo, una vez adoptada la decisión de aplicación de la Protección Temporal, sus potestades son escasas, puesto que su participación se resuelve en una función meramente informativa:

Según el artículo 5.5, en efecto, «se informará al Parlamento Europeo de la decisión del Consejo».

Participa pues, de algún modo, a través del deber que pesa sobre el Consejo de informar al Parlamento.

Sin embargo, el Parlamento había insistido en la necesidad de que esta institución adquiriera un papel más relevante en la materia. En la tramitación de las propuestas previas a la Directiva, el órgano asambleario sugirió que fuera informado no sólo de la decisión del Consejo, sino también de la previa propuesta de la Comisión, en aras de una mayor transparencia; así como el establecimiento de un procedimiento de consulta en determinadas circunstancias, con objeto de que el PE desempeñara el máximo papel⁸.

Finalmente, la Directiva renuncia a un procedimiento de consulta previa, en la medida en que se antojaba excesivamente lento, para una situación de crisis que exige, sobre todo, celeridad. Por ello, se descarta y se sustituye por una intervención menor pero que viene a garantizar la transparencia para con el “pueblo” que representa este máximo órgano comunitario, dejando a un lado los poderes de deliberación y control que le atribuyen los Tratados y que no obtiene reflejo en esta materia.

4. LA DECISIÓN DE APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL: FUNDAMENTO Y MOTIVACIÓN.

A. LA AUSENCIA DE REQUISITOS *RATIONE TEMPORIS*.

La decisión de activación de la Protección Temporal es adoptada por el Consejo y resulta de obligado cumplimiento para todos los Estados miembros (artículo 5.3)⁹. Con ello se asegura un auténtico apoyo comunitario en la medida en que se traducirá en el reparto de responsabilidades en la acogida y financiación del flujo masivo.

La Directiva, más allá del establecimiento de requisitos de fondo (artículo 5.4) y forma (artículo 5.3) para la decisión del Consejo, no la somete a ningun-

8. *Propuesta de Acción Común modificada de 1998*. Comentario al artículo 12, p. 9.

Parlamento Europeo. *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, enmienda número 13, p. 11.

9. El artículo 5.3 dice así: “La decisión del Consejo determinará la aplicación en todos los Estados miembros de la protección temporal, respecto de las personas desplazadas a las que se refiera, de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva (...)”.

na *exigencia temporal*. La decisión de aplicación de la protección propuesta en el articulado será fruto del tándem Comisión y Consejo sin que a ninguna de las instituciones se les requiera a actuar en plazos concretos.

Esta posibilidad fue propuesta por el Parlamento, preocupado por la necesaria celeridad que requeriría este tipo de procedimiento¹⁰. Si, como estamos analizando, se trata de un dispositivo preparado para actuar en situaciones de emergencia, la rapidez en la toma de decisiones se convierte en un tema de especial trascendencia y una forma de medir la coherencia del sistema.

La enmienda del PE al artículo 5 proponía establecer el plazo de un mes para que la Comisión hiciera su propuesta, a contar desde la fecha de presentación de una solicitud de iniciación por un Estado miembro; y un plazo de tres meses desde la propuesta de la Comisión para que el Consejo tomara la decisión. En términos parecidos se expresaba el Comité Económico y Social¹¹.

Al servicio del principio de celeridad, el Derecho comunitario tenía ya establecido procedimientos de urgencia, tal como preveía la *Resolución de 1995*:

“Determinadas situaciones podrán requerir acciones rápidas a fin de evitar peligros graves que amenacen vidas humanas. En estas situaciones, se aplicará las disposiciones pertinentes previstas en el Reglamento interno del Consejo para casos de urgencia”¹².

Posteriormente, no encontramos disposiciones parecidas hasta la *Propuesta de Directiva de 2000*, en cuyo artículo 5.3 se estipulaba:

“Podrá aplicarse, cuando proceda, las disposiciones pertinentes del Reglamento interno del Consejo por las que se regulan los casos de emergencia”

El Reglamento interno del Consejo, en su artículo 8 se refiere a este tipo de casos, permitiendo la votación por escrito en las deliberaciones relativa a un asunto urgente¹³.

10. En concreto, la justificación a la enmienda del PE dice lo siguiente: “(...) A la luz de la gravedad de la presente problemática, es necesario que la directiva establezca unos plazos para la toma de decisiones”. PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, enmienda número 10, p. 10.

11. El Comité Económico y Social recomienda: “(...) cuando se producen los acontecimientos de este tipo tienen un carácter repentino y dramático. En este sentido, es indispensable que la decisión en cuestión sea meditada, pero que se adopte en plazos muy breves, por ejemplo en el plazo de tres meses a partir de la propuesta de la Comisión (...)”. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva*, para. 2.4.

ILPA recomendaba los mismos plazos que el PE: *ILPA response to the European Commission's Proposal for a Directive on: minimum standards of Temporary Protection in the event of a mass influx* (3 de octubre de 2000), propuesta número 3.

12. *Resolución del Consejo de 1995*, punto 3.

13. Artículo 8, Reglamento interno del Consejo:

Esta posibilidad sigue estando vigente, a pesar del silencio de la Directiva. El Consejo podrá utilizar esta vía si así lo requieren las circunstancias.

Lo que sí parece descartar la norma de Derecho derivado es la exigencia de someter a plazo concreto a las instituciones comunitarias. Esta negativa no hace sino abonar y abundar en el amplio margen de maniobra y apreciación que se le ha atribuido a la Comunidad (Comisión y Consejo) en la toma de decisiones en la materia. Se ha renunciado, en lo que ahora interesa, a prede-terminar la conducta de ambas instituciones en cuanto al plazo en el que han de evacuar los trámites o adoptar decisiones se refiere. Esta discrecionalidad (*si* intervenir o no; y *cuándo*) entraña que no sean jurídicamente censurables, en principio, tanto las respuestas “prontas”, como las “tardías”, en la medida en que la norma habría renunciado a establecer qué ha de entenderse por tal. Por lo demás, es claro que el hecho de que la norma haya optado por no formalizar rígidamente el procedimiento (aquí, en cuanto al plazo) no significa, obvio es decirlo, que ello haya de poner en quiebra o violentar, antes al contrario, los principios de eficacia o eficiencia (incluida la celeridad) que, como acontece con el régimen jurídico de los procedimientos administrativos nacionales, han de presidir la acción de las instituciones comunitarias en liza.

B. FUNDAMENTO Y MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN

En cuanto a los requisitos de fondo (artículo 5.4) y forma (artículo 5.3), la Directiva estipula unos criterios mínimos que le servirán de justificación o de base, así como un determinado contenido, también mínimo, para la decisión del Consejo. Ambos, fundamento y motivación, definen una serie de relaciones entre las instituciones comunitarias, y de éstas con los Estados miembros y con organizaciones diversas que reflejan la participación en el proceso de

“1. El Consejo podrá pronunciarse, en sus deliberaciones relativas a un asunto urgente, mediante votación por escrito cuando el Consejo o el Comité de los representantes permanentes de los Estados miembros (COREPER), contemplado en el artículo 30 del Tratado CECA, en el artículo 151 del Tratado CE y en el artículo 121 del Tratado CEEA, decida por unanimidad aplicar este procedimiento. El presidente podrá asimismo, en circunstancias especiales, proponer que se aplique dicho procedimiento; en este caso, podrá realizarse una votación por escrito cuando todos los miembros del Consejo acepten este procedimiento.

2. Además, se requerirá la aceptación de la Comisión para la utilización de dicho procedimiento cuando la votación por escrito se refiera a una asunto que la Comisión haya sometido al Consejo.

3. Se establecerá mensualmente una relación de los actos adoptados mediante procedimiento escrito.

4. Por iniciativa de la presidencia, el Consejo podrá actuar asimismo, con vistas a la aplicación de la política exterior y de seguridad común, mediante procedimiento escrito simplificado (COREU). En este caso, la propuesta se entenderá adoptada una vez transcurrido el plazo fijado por la presidencia en función de la urgencia del asunto, salvo objeción de un miembros del Consejo”.

los máximos responsables respecto a los desplazados y, con ello, la garantía de que la del Consejo será una decisión fundada en los criterios aportados por éstos, relativizando así las potestades discrecionales y la falta de formalización del procedimiento. Fundamento y motivación se remiten constantemente al concepto de afluencia masiva; la decisión del Consejo se servirá de estos datos pero el presupuesto de hecho ha de quedar justificado.

A. FUNDAMENTO.

En el fundamento se halla la clave de la decisión del Consejo, en la medida en que sirve de auténtica justificación de la disposición. El órgano decisorio debe entrar a valorar cada uno de estos puntos, que en ningún caso son disponibles, con el objeto de evidenciar que la activación de la Protección Temporal es el remedio más adecuado al caso concreto. Estas pautas legales que se refieren primaria o inmediatamente a los elementos de juicio o fundamento en que se ha de basar la decisión del Consejo y que han de ser ulteriormente expresados o motivados sirven, al mismo tiempo, de control de la medida. Todo ello, en definitiva, *ha de justificar* el desencadenamiento de la Protección Temporal. Conviene distinguir de entrada, pues, entre fundamento o elementos de juicio y su exteriorización (motivación), a la que luego se aludirá.

La puesta en marcha del dispositivo de Protección Temporal se basará especialmente en criterios objetivos –las características del movimiento de desplazados (artículo 5.4 a) y las vías previas para atajarlo (artículo 5.4 b)–, más que en aquellos subjetivos que tuvieran que ver con las repercusiones que dichas afluencias masivas hubieran tenido o podrían tener sobre los Estados miembros, o su capacidad de actuación al respecto.

En concreto, según el artículo 5.4, la decisión del Consejo se basará en:

- “a) el examen de la situación y magnitud de los movimientos de personas desplazadas;
- b) la valoración de la conveniencia de establecer la protección temporal, teniendo en cuenta las posibilidades de ayuda de urgencia y de acciones in situ o su insuficiencia;
- c) la información comunicada por los Estados miembros, la Comisión, el ACNUR y otras organizaciones internacionales pertinentes”¹⁴.

1. LAS CARACTERÍSTICAS DEL MOVIMIENTO DE DESPLAZADOS.

La decisión del Consejo ha de basarse y tomar en consideración, en primer lugar, *el examen de la situación y la magnitud de los movimientos de personas*

14. Artículo 5.4 de la Directiva.

desplazadas (artículo 5.4.a). Como no podía ser de otro modo, la primera justificación tiene que ver con la determinación de la afluencia masiva, presu- puesto de hecho del sistema. Aquí tendrá la oportunidad el Consejo de fijar los términos de tal afluencia y determinar si su gravedad se hace acreedora a una estrategia excepcional como la de la Protección Temporal. Tanto la moti- vación (artículo 5.3), como el fundamento (artículo 5.4) han de referirse nece- sariamente a la afluencia masiva, pues están íntimamente relacionados. La decisión del Consejo se servirá de estos datos pero ante todo el presupuesto de hecho ha de quedar suficientemente justificado o acreditado.

De nuevo, hemos de referirnos a las amplias facultades de apreciación de que dispone el Consejo merced a la utilización de conceptos tan abiertos para la fundamentación de su decisión¹⁵. Y ello no sólo en lo que se refiere a la consideración de la afluencia masiva sino también y, de forma particular, respecto al siguiente criterio enunciado en el artículo 5.4.b) que procedemos a analizar.

2. SOLUCIONES PREVIAS. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL.

La acogida temporal en los Estados miembros de la UE se considera una medida subsidiaria de aquellas otras llamadas a desempeñar un papel princi- pal en las primeras fases del conflicto. En la medida en la que se trata de un dispositivo previsto, de manera primordial, para aquellos desplazados de zonas de conflicto armado o violaciones masivas de derechos fundamentales, es lógico que, con carácter previo a la protección en los territorios de la Unión, se considere la posibilidad de desplegar ayudas humanitarias en la región de origen con el objeto de prevenir o paliar las consecuencias del conflicto. Es por ello que, entre las medidas que sirven de fundamento a la decisión del Consejo, se considera la necesidad de valorar las posibilidades de *la ayuda de urgencia y de acciones "in situ"*, las cuales condicionan de esta forma, el despliegue del sistema de Protección Temporal por sí sólo.

Concretamente, el artículo 5.4. b), se expresa en los siguientes términos: La decisión del Consejo se basará en:

“la valoración de la conveniencia de establecer la protección temporal, teniendo en cuenta las posibilidades de ayuda de urgencia y de acciones in situ o su insu- ficiencia”.

Probablemente sea la *Resolución de 1995 del Consejo*, el instrumento jurí- dico en el que más claramente se plantea la acogida temporal –ya fuera indi-

15. Algunos sectores más críticos ya han avanzado la posibilidad de abusos que ofrece el siste- ma así fundamentado: AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Response to the European Commission's proposal for a Council Directive on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measure promoting a balance of efforts between Member State in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, p.4.

vidual o mediante la acción armonizada—, como una solución subsidiaria de la ayuda *in situ*. La normativa posterior hereda la idea pero no vuelve a expresarse con tal contundencia. Recordemos su Exposición de Motivos:

“Considerando que las situaciones de conflicto que dan lugar a desplazamientos de población exigen en primer lugar la adopción de medidas dirigidas al restablecimiento de la paz; que la ayuda a las poblaciones civiles víctimas de dichas situaciones se debe facilitar principalmente *in situ*, en particular mediante la creación de zonas y pasillos de seguridad, así como mediante la prestación de ayuda humanitaria;

Considerando, no obstante, que el Consejo conviene en que las personas que estén amenazadas en su vida o su salud a causa de un conflicto armado o de una guerra civil deberán ser también socorridas en el futuro en la medida de las posibilidades, con arreglo al principio de regionalización del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, mediante su acogida con carácter temporal en los Estados miembros, cuando no se puedan evitar de otra manera los peligros que las amenazan;”¹⁶

Resulta evidente la opción principal por una protección a las víctimas en el lugar de origen y la acogida temporal con carácter meramente subsidiario de la primera solución.

A lo largo del articulado de la citada Resolución la idea se repite: toda las medidas propuestas se hacen depender de la inviabilidad de la previa ayuda de urgencia. Así, en el primer apartado, se define a algunos de los beneficiarios en función de las siguientes variables: personas que estén heridas o que padezcan enfermedades graves y que *no puedan recibir “in situ” tratamiento médico*; personas que estén o hayan estado expuestas a un peligro inmediato para sus vidas o su integridad física *y que no puedan ser protegidas por otros medios en su región de origen*, etc; personas que hayan sido víctimas de un agresión sexual *siempre que no existan medios de acudir en su ayuda en zonas seguras situadas lo más cerca posible de sus hogares*¹⁷. La dependencia, como vemos, es absoluta.

También en el apartado número dos, relacionado directamente con casos de afluencia masiva, la acción armonizada en beneficio de las personas desplazadas se desarrolla *cuando en las regiones de origen no se disponga de la ayuda y la protección adecuadas o cuando la Unión Europea pueda considerarse parte de la región de origen*¹⁸.

La acogida temporal surge como medida accesoria y extraordinaria, pues la regla general será la asistencia proporcionada en el foco del conflicto.

16. Resolución de 1995, p.2. La cursiva es de la autora.

17. Resolución de 1995, número 1, a).

18. Resolución de 1995, número 2. Esta última posibilidad queda desfasada por la posibilidad de evacuación que otorga la Directiva vigente.

Posteriormente, en las *Propuestas de Acción Común de 1997 y la modificada de 1998*, los términos se atenúan no condicionando el sistema, en tal amplia medida, a las posibilidades *in situ*. Los beneficiarios se definen en función de otras variables y aparecen otros puntos neurálgicos del sistema; no obstante lo cual, el dispositivo sigue siendo deudor de esa subsidiariedad originaria.

Así, según el artículo 3.1, para poder establecer un régimen de Protección Temporal, previamente el Consejo debe:

“(…) haber examinado si la región de origen puede ofrecer una protección adecuada(…)”¹⁹

En esta ocasión, la subsidiariedad de la protección temporal tiene también como fundamento la aplicación del principio de *cercanía* al conflicto como mejor solución inicial. No obstante, si bien en el caso anterior la *subsidiariedad se defendía en el tipo de medida*, esto es, se considera principal la protección ofrecida *in situ*, a la acogida ofrecida en el territorio comunitario; en el caso que nos ocupa, la *subsidiariedad se predica del sujeto*, la responsabilidad en la protección recae, de forma principal, en la región de origen y, de forma secundaria, en la UE. Las posibilidades de la ayuda humanitaria y de urgencia proporcionada por la Comunidad no se mencionan; más que el tipo de ayuda, insistimos, parece primar la cualidad del sujeto responsable de la protección.

Ya en la *Propuesta de Directiva de 2000*, nos encontramos con un fundamento para la decisión del Consejo del que trae causa, por su similitud, la redacción definitiva²⁰. El artículo 5.2 de la propuesta, como el 5.4 actual, hace depender la actuación comunitaria de las posibilidades de la ayuda de emergencia y de las acciones *in situ*, más en sintonía con la fundamentación originaria que con el último instrumento jurídico analizado.

Sin embargo, la *Propuesta de Directiva* pretende ir más allá, sin perjuicio de su carácter subsidiario, al insertarse en una estrategia más omnimoda. Ya no se detiene sólo y en igual modo en la subsidiariedad de la medida, ni en la dependencia de las acciones realizadas en la región de origen, sino que la

19. Precisamente la *Propuesta modificada de Acción Común de 1998*, introduce el inciso f) en el artículo 1, con el objeto de definir “región de origen”. Según esta disposición: “ región de origen: zona lindante con la región geográfica de donde procedan las personas necesitadas de protección internacional, que comprenda al menos los países limítrofes de dicha región geográfica”.

Con este artículo se pretende precisar la zona que, se considera, puede ofrecer protección antes de ofrecerla la UE (Comentario al artículo 1). Posteriormente, no se considera necesario un artículo de estas características, por lo que desaparece en el texto vigente.

20. Artículo 5.2. de la *Propuesta de Directiva de 2000*: «La Decisión del Consejo se basará en: b) la valoración de la oportunidad de desencadenar la protección temporal, teniendo en cuenta la posibilidades de ayuda de emergencia y de acciones *in situ* o su insuficiencia».

Como puede apreciarse las diferencias con el texto vigente son gramaticales.

Protección Temporal aparece como parte de un *conjunto coherente*²¹ y cada vez más eficaz de posibilidades de acción de la Unión. Se ofrece lo que se denomina una *panoplia de instrumentos*²², que pone en conexión la Política Exterior y de Seguridad Común; la ayuda humanitaria; las acciones de alerta y prevención; la gestión civil de crisis internacionales; la acción exterior de la Comunidad; etc. Se trata de construir un sistema coherente más amplio de instrumentos con miras más generales, en prevención y tratamiento de crisis y reconstrucción. La Protección Temporal interacciona en ese entramado sistemático, del que forma parte como una pieza más de la estrategia común, con carácter supletorio y extraordinario.

Sobre lo que no se proporciona ningún dato es acerca de qué debemos entender por *ayuda de urgencia* y *acciones in situ*. La *Resolución de 1995* resultaba más elocuente cuando contemplaba las posibilidades de crear zonas y pasillos de seguridad, envío de tratamiento médico o establecía el concepto de ayuda humanitaria. Sin embargo, ni la Comisión –en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva–, ni los dictámenes de las distintas instituciones implicadas arrojan mayor luz sobre sus características.

Y no es cuestión baladí porque no supone lo mismo enviar *ayuda humanitaria*, que crear una *zona de seguridad*. Muchas de estas acciones dependerán incluso de procesos de toma de decisiones ajenos al comunitario, pero de atención vinculante para los Estados miembros –piénsese en aquellas medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en el marco del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, materia en la que este órgano goza de responsabilidad principal y cuyas decisiones son vinculantes para todos los Estados miembros²³.

Se trata de otro ejemplo más del amplio margen de apreciación que obra en manos del Consejo, de cara a determinar, en este caso, la conveniencia o insuficiencia de otras medidas alternativas. El precepto dispone, como se ha notado, que el Consejo “se basará en la valoración de la conveniencia de establecer la protección temporal, teniendo en cuenta las posibilidades de otras medidas o su insuficiencia” (artículo 5.4.b).

Por otro lado, nos encontramos con las dificultades jurídicas de soluciones alternativas como las llamadas acciones *in situ*. No es posible dar cuenta aquí de la problemática que estas medidas han despertado en la doctrina y en la práctica. El Consejo deberá permanecer atento a los resultados y no olvidar el principal objetivo que debe guiar la actuación de la Comunidad en este terreno, esto es, garantizar la protección de las poblaciones en peligro, pues no en vano, ha adquirido una responsabilidad en la protección incluso de poblaciones alejadas del radio de acción de la Unión Europea.

21. *Propuesta de Directiva de 2000*. Exposición de Motivos, para. 5.11.

22. *Ibidem*.

23. *Cfr.* Artículos 24 y 25 de la Carta de Naciones Unidas.

La Protección Temporal como fórmula de excepción resulta lógico que sea subsidiaria de otras acciones previas pero no puede ser del todo dependiente de estas otras que incluyen tantos interrogantes en cuanto a su eficacia para con las víctimas de los conflictos armados o las masivas violaciones de derechos humanos. La Protección Temporal ha de ser una respuesta *posible*, sin que pueda excluirse de antemano a la espera de una solución que otras vías acaso no tengan fácil conseguir. Cabe la valoración pero no la absoluta dependencia. Todo ello sin menoscabo del derecho que ostentan todos aquellos que se sienten amenazados a buscar asilo fuera de las fronteras de su lugar de residencia. Las medidas a aplicar *in situ* en ninguna forma pueden servir de parapeto que impida el ejercicio del derecho universalmente reconocido²⁴. Cómo conciliar el derecho a no ser desplazado con el derecho a buscar asilo es una cuestión irresoluble *a priori* por lo que sólo una seria convicción de que el máximo objetivo que debe guiar la actuación del Consejo habrá de ser la protección de las poblaciones desplazadas puede coadyuvar al logro de una mayor equilibrio en este terreno.

3. LA INFORMACIÓN COMUNICADA POR LOS ESTADOS MIEMBROS, LA COMISIÓN, EL ACNUR Y OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES PERTINENTES.

El artículo 5.4.c) dispone que la decisión del Consejo se basará en:

“la información comunicada por los Estados miembros, la Comisión, el ACNUR y otras organizaciones internacionales pertinentes”.

Por último, el Consejo deberá entrar a valorar la información comunicada por estos sujetos. No se trata de una cuestión de libre disposición, sino de obligado cumplimiento para el máximo órgano comunitario. De esta forma, el estudio de los informes elevados por dichos entes, como fundamento vinculante para la adopción de la decisión de activación adquiere, así, una relevante importancia en el proceso.

Así ocurre con los Estados que, aparte de su derecho de instar a la Comisión la iniciación del procedimiento, pueden dirigirse al Consejo vía artículo 5.4.c), posibilidad que les proporciona un papel algo más activo en el procedimiento.

La información que proporcionen podrá ser en general y no circunscrita a la capacidad de acogida que manifiesten, punto éste que será el finalmente reflejado en la decisión²⁵.

24. AMNISTÍA INTERNACIONAL advertía de esta posibilidad. *Response to the European Commission's proposal for a Council Directive on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measure promoting a balance of efforts between Member State in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, p.4.

25. *Cfr.*: Artículo 5.3.c).

La información de la Comisión también será valorada oportunamente y quizás, en mayor medida, pues no en vano es el órgano que pone en marcha el procedimiento. Con motivo de la fundamentación el Consejo entra en diálogo con el órgano colegiado.

También se habrá de ponderar la información facilitada por el Alto Comisionado y otras organizaciones internacionales.

En este sentido cabe recordar el 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 Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y otras organizaciones internacionales pertinentes”.

La labor de estas organizaciones está prevista, por tanto, en todo el procedimiento y su participación resulta inexcusable. Se trata, en efecto, de un deber de participación y consulta que a la Comunidad corresponde satisfacer. El importante papel asignado al ACNUR es coherente con su mandato (artículo 35 del Convenio de Ginebra de 1951), sin embargo, cuáles serán las organizaciones que prestarán tan importante labor se desconoce de entrada. De nuevo, se pretende flexibilidad ante situaciones que pueden requerir la participación de entidades tan variopintas. El régimen comunitario de la Protección Temporal se caracteriza por el amplio margen de maniobra o apreciación que atribuye a las instituciones comunitarias competentes (Comisión y Consejo), o, lo que es lo mismo, por la discrecionalidad a éstas reconocida, lo que se pone de manifiesto en todo momento. Aquí y ahora en lo que hace también a las organizaciones llamadas a participar.

ACNUR, por su mandato y relevancia requiere mayor detenimiento.

Nos interesa especialmente el papel de la Oficina, pues como ya se ha considerado, desempeña un papel central en las situaciones que afectan a refugiados y personas desplazadas. Su valoración de la crisis no resultará una opinión más sino –muy al contrario–, el informe que pudiera tener mayor calado. Su intervención en el procedimiento, se ha previsto, como no podía ser de otra forma, en todos los instrumentos jurídicos sobre protección temporal previos a la Directiva. Siempre a modo de *cualificado informador*, las alternativas que se han contemplado han ido desde una intervención mediante dictamen vinculante en la *Resolución de 1995*²⁶, a una simple intervención aleatoria en las *Propuestas de Acción Común* de 1997 y 1998²⁷.

De nuevo, el texto vigente parece optar por una posición de equilibrio entre ambos extremos. La consulta resulta obligatoria para la institución con más poderes. Sin embargo, ésta no es vinculante.

26. *Resolución* de 1995, punto segundo de la Resolución: “(...)Este tipo de acción se planteará, en particular, previo dictamen del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, (...)”.

Resulta difícil conocer su viabilidad dado que dicha Resolución nunca llegó a aplicarse.

27. *Cfr.* Artículo 12 de la *Propuesta de Acción Común* de 1997 y la modificada de 1998.

La práctica de los últimos años nos ha demostrado que ACNUR resulta no sólo un interlocutor sino un medio de acción indispensable²⁸. En su valoración de las situaciones de flujo masivo que se manifiesten en el futuro es de esperar que continúe conservando un peso específico y relevante en esta fase del procedimiento. Resulta, por otro lado no sólo un “derecho”, sino también su “responsabilidad”.

B. MOTIVACIÓN.

La motivación de cualquier acto del poder público persigue, entre otros, dos objetivos: servir de guía a la decisión, de modo que proporcione un perímetro dentro del cual desarrollar la acción; y asimismo de instrumento de contraste y eventual control judicial y político. Por lo demás, en todo Estado de Derecho –y la Comunidad se halla sujeta a este principio fundamental–, la publicidad y transparencia de la acción pública es igualmente un valor en sí mismo que ha quedar salvaguardado.

Según el artículo 5.3 de la Directiva la decisión del Consejo contendrá, como mínimo:

- “a) una descripción de los grupos concretos de personas a los que se aplicará la protección temporal;
- b) la fecha en que surtirá efecto la protección temporal;
- c) información de los Estados miembros sobre su capacidad de recepción;
- d) información de la Comisión, del ACNUR y de otras organizaciones internacionales pertinentes”

Toda decisión del Consejo referente a la aplicación de la Protección Temporal ha de pronunciarse necesariamente sobre estos términos. En principio, se trata de dos decisiones de fondo y un contenido informativo a modo de anexo documental. Efectivamente, las únicas decisiones sustanciales del Consejo, tras la constatación de una afluencia masiva, se refieren a los grupos de desplazados afectados y a la fecha en que dará comienzo el dispositivo. Es en lo que coincide con el contenido mínimo que se exige a la Comisión; parece, por tanto, el contenido básico imprescindible para iniciar un régimen de estas características, a saber: *a quién* lo aplicamos y *cuándo*. Sobre el resto no se pronuncia el Consejo; se limita a dar conocimiento de la información relativa al procedimiento que él mismo ha podido barajar. Entre la Comisión, ACNUR y otras organizaciones internacionales pertinentes parece abrirse una

28. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva de 2000*, se reconoce cómo en la crisis de Kosovo la vinculación con el Alto Comisionado resultó un elemento imprescindible en la evaluación de la situación y las cuestiones de protección; de ahí el hecho de contemplar consultas regulares para el establecimiento, aplicación y cese de la Protección Temporal. Párrafo 5.3.

especie de *procedimiento de consulta*. La apuesta por la transparencia en el procedimiento es una de las características más particulares. De esta forma, se demuestra que se han ponderado todas las circunstancias; el precepto obliga, como evidente garantía, a que el Consejo, de algún modo, acredite que ha manejado toda la información suministrada. Según el caso de que se trate, la información podrá ser más o menos determinante de la decisión que adopte el Consejo. El artículo, pues, se limita a enumerar sobre qué extremos ha de entrar en diálogo la motivación –fáctica y jurídica– de la decisión del Consejo.

1. LAS DECISIONES DE FONDO: *QUIÉN Y CUÁNDO*.

Constatada la afluencia masiva, el Consejo debe precisar qué grupos de personas serán los beneficiarios del régimen de Protección temporal. Se trata, por tanto, de una *determinación grupal*, muy alejada de la clásica determinación individual que ha traído causa de la Convención de Ginebra para los refugiados. Al tratarse de grandes desplazamientos de personas no podía ser de otro modo; precisamente por ello se ha establecido un procedimiento más ágil y eficaz para estos colectivos.

Sin embargo, para ser una de las cuestiones más importantes y controvertidas de la institución, se ofrecen pocos datos sobre cómo va a llevarse a cabo tal determinación. Se trata de un sistema pensado para actuar en crisis de emergencia, con las características de urgencia y flexibilidad y que, incluso puede aplicarse *in situ*, a través de los programas de evacuación.

El silencio de la Directiva no puede dar paso a una interpretación individual de los Estados, una vez transpongan el texto en cuestión en sus respectivas legislaciones nacionales. Ello resultaría del todo incoherente con la materia que precisa de una armonización en este punto. Si el Consejo decide *quién* también ha de decidir *cómo determinar ese quién entre todos los desplazados de la zona*. Volvemos a encontrarnos con un dato más que será resuelto *ad hoc* y bajo la discrecionalidad del Consejo.

El Comité de las Regiones llamó la atención sobre este tema, alentando a prever, en la propia Directiva, una distribución entre los Estados miembros en función de sus correspondientes capacidades de acogida. El reparto por cuotas y la correspondiente obligación de acogida de los contingentes previamente definidos contribuiría, en palabras de la institución, a una protección más eficaz y permitiría un reparto de las cargas más claro y transparente²⁹.

Entre la Doctrina, el profesor Kálin proponía en 1992, un procedimiento que combinara elementos de la determinación grupal y el examen individual³⁰. El Consejo determinaría qué categorías de personas serían las temporalmente

29. COMITÉ DE LAS REGIONES. *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva*, para. 20.1, p. 6.

30. El profesor Kálin proponía el modelo seguido por la legislación suiza respecto a la protección temporal. KÁLIN, W. «Safe Return for Refugees of violence: a blueprint for action», en

admitidas y un examen relativamente simple serviría para concretar si los desplazados cumplen con los requisitos para ser temporalmente admitidos (recordemos las cláusulas de exclusión del artículo 28 de la Directiva que habría de dilucidarse en esta fase del procedimiento). Ese examen, si finalmente se procede con este *iter*, debería haberse regulado en la propia Directiva, especialmente para los casos de evacuación de la zona.

En este sentido, resultan muy significativas las palabras del Comité de las Regiones:

“El Comité de las Regiones considera que la Directiva debería prever, en caso de que fuese necesaria la evacuación de personas que necesitan protección temporal, un criterio de selección de los beneficiarios en el país de origen, que debiera definirse en común por los Estados miembros de acogida.

La experiencia del pasado demuestra que, en los casos de evacuación de zonas en crisis –como el de los refugiados kosovares de los campos de refugiados de Macedonia–, cada Estado miembro envía equipos de selección a las regiones afectadas para seleccionar las personas que deberán acogerse. Por este motivo, para el caso de que se tomasen medidas de evacuación, debería adoptarse un criterio definido en común por los Estados miembros (eventualmente con la contribución de organizaciones no gubernamentales) que oriente la selección de las personas que cabría evacuar con arreglo a criterios comunes y vincule todos los Estados miembros”³¹

2. CONTENIDO INFORMATIVO.

La decisión del Consejo ha de reflejar la información proporcionada por los Estados miembros sobre su capacidad de recepción.

Sin perjuicio de que volvamos sobre este tema en el capítulo dedicado al reparto de responsabilidades (capítulo final de este trabajo), quisiéramos llamar la atención sobre un nuevo silencio de la Directiva en este apartado. El Consejo está obligado a reflejar la información proporcionada por los Estados miembros pero nada se dice en la norma sobre los criterios de acogida que empleará a tal efecto. Los Estados se comprometen a acoger con espíritu de solidaridad a las personas beneficiarias de la Protección Temporal; sin embargo, se guarda silencio sobre la distribución a la que habrá de proceder el Consejo. Al no haber un criterio de distribución fijo y obligatorio, los Estados son libres de acoger, en cada momento, en función de las posibilidades por ellos discrecionalmente contempladas.

(Gowlland Debass, V.; Samson, K.: editores), *Problems and Prospects of Refugee Law*, Papers presented at the Colloquium organised by the Graduated Institute of International Studies in collaboration with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, 23-24 may 1991, The Graduated Institute of International Studies, Ginebra 1992, p. 127.

31. COMITÉ DE LAS REGIONES. *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva*, para. 21, p. 7.

A pesar de la insistencia de instituciones como el PE sobre la necesidad de concretar el reparto de los beneficiarios en la propia decisión del Consejo³², el texto final opta por dejarlo a la libre consideración de los sujetos de forma *ad hoc*.

Por otro lado, la decisión del Consejo ha de incluir la información de la Comisión, del ACNUR y de otras organizaciones internacionales pertinentes.

Toda la información que ha podido recabar y que ha servido de fundamento a la decisión de activación de la Protección Temporal, se ha de hacer pública, y se añade a modo de justificación de la resolución adoptada.

Llama la atención cómo a pesar de que la información de los Estados es tomada en consideración en todos sus términos en cuanto a fundamento para el Consejo, por lo que se refiere al contenido mínimo que ha de observar la decisión sólo se considera lo relativo a la capacidad de recepción de los Estados, obviando otros datos relevantes que éstos pudieran haber hecho llegar al órgano decisorio³³.

II. CESACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN TEMPORAL: CAUSAS Y PROCEDIMIENTO.

1. INTRODUCCIÓN: LA TEMPORALIDAD, ELEMENTO ESENCIAL DEL SISTEMA; LA DESAPARICIÓN DEL PRESUPUESTO DE HECHO COMO CAUSA PRINCIPAL DE CESACIÓN Y EL TRANSCURSO DEL PLAZO MÁXIMO COMO CAUSA SUBSIDIARIA; EL REGRESO VOLUNTARIO COMO CAUSA SUBJETIVA Y OPCIONAL.

Analizar el procedimiento previsto para dar por terminado el dispositivo de Protección Temporal nos conduce al estudio de algunas de las características más interesantes del sistema, poniendo de relieve que lo procedimental encierra cuestiones de gran relevancia.

En la medida en la que se trata de una forma de protección *interina* es claro que su terminación o cesación no puede constituir un supuesto accesorio o eventual, sino un elemento necesario y esencial al sistema. La protección se ofrece con fecha de caducidad, con una duración limitada, en absoluto indeterminada en el tiempo. La característica de la *temporalidad* determina

32. El Parlamento Europeo en su enmienda número 11 a la *Propuesta de Directiva* de 2000 proponía un nuevo apartado para el contenido mínimo de la decisión del Consejo que incluyera: "c bis: los criterios que sirvan de base para un reparto equilibrado de los beneficiarios de la protección temporal entre los Estados miembros".

También pretendían modificar la parte introductoria del artículo 5 que comenzaría con el siguiente texto: "La afluencia masiva de personas desplazadas y su *distribución por los diferentes Estados miembros* se constatará por una decisión del Consejo (...)".

La preocupación del Parlamento expresada en la justificación a la enmienda se refiere a la necesidad de completar y aclarar la referencia al sistema de acogida que se pretende instaurar. Finalmente, no se atienden.

33. *Cfr.* Artículos 5.4 c) y 5.3 c) y d).

que la acogida sea *provisional y dependiente* o *subordinada* a aquellos acontecimientos que la propia norma considere que hacen cesar el dispositivo.

En este caso, al ser un régimen enfocado al *retorno* de las personas desplazadas al país de la huida, el mayor o menor periodo de acogida se hace depender de *la situación en el país de origen*, de la resolución del conflicto que originó el desplazamiento –al modo de las clásicas cláusulas de cesación en el marco del asilo–, y ello hasta que llegue el momento de expiración definitiva del régimen.

Efectivamente, el dispositivo de Protección Temporal europeo está orientado al regreso de las personas desplazadas a su país de exilio. A diferencia de los originarios sistemas de *temporary refuge* que tendían a contemplar, entre las medidas subsiguientes a la acogida, la posibilidad de un reasentamiento en un tercer país, la Directiva opta por la vuelta a casa; elige el retorno al país del que son originarios los desplazados como mejor solución duradera, muy en la línea de las recientes recomendaciones de ACNUR al respecto.

De este modo, el dispositivo de Protección Temporal no sólo tiene una *proyección ad intra*, en relación con las condiciones de acogida de los beneficiarios de la protección, sino que tiene una importante *proyección ad extra*, que provoca un necesario diálogo con el país de la huida. De alguna manera se busca añadir a la clásica relación de responsabilidad entre el país de acogida y los desplazados, la olvidada relación de responsabilidad entre el país de origen y sus nuevos ciudadanos exiliados. Es por ello que algunas de las consideraciones que se barajen en el procedimiento de cesación del régimen tengan que ver con el necesario cambio en las circunstancias que provocaron el masivo desplazamiento.

Se pueden distinguir, por tanto, dos causas de cesación, en principio. El artículo 6, en efecto, dispone en primer lugar que se pondrá fin a la protección temporal llegado el término del plazo máximo de duración (artículo 6.1); y, en segundo lugar, en cualquier momento, cuando el Consejo así lo decida siempre que la situación en el país de origen permita un regreso seguro de los desplazados (artículo 6.1.b) y 6.2). Esta última medida se halla sometida a determinados requisitos sustantivos y procedimentales que pretenden aportar las necesarias garantías a una decisión de tan importantes consecuencias.

La Directiva parece regular una y otra de forma disociada, sin aparente conexión, y, hasta cierto punto, de un modo incoherente (el mero transcurso del plazo, con independencia de la pervivencia del presupuesto de hecho que dio vida a la Protección Temporal, determina su desaparición). Parece que cualesquiera de ellas resulta igualmente válida y que carecen de toda relación entre una y otra. Una interpretación sistemática y finalista de la norma reguladora, sin embargo, evidencia que no es así. La causa principal y sustantiva no puede ser otra que la desaparición de los factores desencadenantes de la acogida que permitirían el regreso seguro y duradero de los desplazados. El plazo opera con carácter subsidiario: sólo en la medida en que esas circuns-

tancias no evolucionen favorablemente, el transcurso del tiempo, así y todo, y en las condiciones que luego se verán, será causa suficiente para la cesación. Esto es, se impone —en tal hipótesis—, y con carácter subsidiario, la dimensión temporal del sistema protector. La temporalidad actúa en cierta medida como elemento de ponderación; se destaca el sentido positivo de la temporalidad. Las antinomias del sistema, en cualquier caso, se pretenderían superar a través de la dimensión de norma mínima que resulta de la Directiva; esta cualidad constituye un elemento esencial en la interpretación de las causas de cesación con objeto de mejorar las incoherencias del sistema.

Ello no significa tampoco, como después se abundará, que los beneficiarios hayan de volver, obligatoriamente, a su lugar de origen por el mero hecho de que haya transcurrido el lapso máximo previsto; se prevén otras fórmulas o medidas que serán analizadas en el capítulo siguiente, tales como la aplicación del Derecho general en materia de protección y extranjería previsto en los Estados miembros (asilo, protección subsidiaria, etc.).

La vara de medir, pues, reside en todo caso en el presupuesto de hecho sustantivo y principal, esto es, en el dato de que las circunstancias objetivas permitan el regreso seguro de los beneficiarios.

Así, veremos en primer lugar (a diferencia de la sistemática de la Directiva), la cesación del régimen por el cambio en las circunstancias del país de origen, causa principal y prioritaria. En segundo lugar, la expiración del plazo previsto de protección como causa subsidiaria de la anterior.

Aunque la Directiva no añada ninguna otra fórmula de cesación en el artículo 6, consideramos que existiría una tercera vía de finalización del dispositivo: el artículo 21.

Efectivamente, esta disposición hace un llamamiento a los Estados para que adopten las medidas necesarias que posibiliten el regreso voluntario de las personas beneficiarias de la Protección Temporal. De esta forma, habría una nueva forma de poner fin al sistema sin que, necesariamente, se hayan producido cambios cualitativos en el país de origen y antes de la propia expiración del régimen. En la medida en que los beneficiarios hagan uso de este derecho volverían a su lugar de residencia, cesando las obligaciones que, en función de la Directiva, pesan sobre los Estados en los que estuvieran acogidos. Esta eventual causa de cesación será la que cierre el capítulo.

2. CAUSA SUSTANTIVA O PRINCIPAL DE CESACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL COMUNITARIA: CAMBIO SOBREVENIDO EN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVARON LA ACTIVACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN. PROCEDIMIENTO Y FUNDAMENTO.

La clave del desencadenamiento y finalización del dispositivo de Protección Temporal descansa en la necesidad de protección del colectivo de beneficiarios; en la medida en que éstos ya no sean deudores de la protección internacional, el dispositivo puede darse por terminado. Las características de

temporalidad y excepcionalidad obligan a su utilización únicamente de forma interina, siempre que persistan los motivos que originaron el flujo masivo, es decir, su presupuesto de hecho. Todo el sistema descansa bajo la presunción del cambio de las circunstancias en un periodo relativamente breve de tiempo, el mismo durante el que es posible otorgar una protección internacional de naturaleza provisional, subordinada y tendencialmente restitutoria.

Así, la Directiva prevé que el régimen de Protección Temporal pueda finalizar antes del vencimiento del plazo de duración previsto. Se trata, como se ha dicho, de la causa principal o sustantiva y, desde luego, la deseable: el cambio en las circunstancias que motivaron la afluencia masiva. Resulta, por tanto, en otras palabras, la causa *natural* de cesación.

El artículo 6 incorpora un segundo inciso, según el cual, es posible poner fin a la protección, en cualquier momento, a través de una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión, siempre que la situación en el país de origen permita un regreso seguro de los desplazados. Como vemos, la medida se halla sometida a determinados requisitos sustantivos y procedimentales que pretenden aportar las garantías necesarias para una decisión de tan importante calado. Veámoslo con más detenimiento.

A. PROCEDIMIENTO. LA DECISIÓN DE CESACIÓN DEL CONSEJO.

La Directiva establece un mismo procedimiento para la activación y la cesación del régimen de Protección Temporal. Según el artículo 6.1, b) se pondrá fin a la Protección Temporal:

“en cualquier momento, mediante la aprobación de una decisión del Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que examinará igualmente cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo”.

El derecho de iniciativa corre a cargo de la Comisión, la cual, en su tarea de transmitir la propuesta de cesación al Consejo, debe examinar cualquier solicitud de un Estado para que la presente³⁴. De nuevo, a la facultad de *propuesta* de la Comisión, le sigue la competencia del Consejo para *decidir* el cese del régimen de Protección Temporal; decisión que habrá de contar con el apoyo de una mayoría cualificada de Estados, garantía imprescindible para una decisión de tan importantes consecuencias para los desplazados.

34. En la *Propuesta de Acción Común de 1997 y la revisada de 1998*, el Consejo tenía un papel más activo en la propuesta. De acuerdo con el artículo 4, estaba facultado para pedir el informe a la Comisión en cualquier momento. Se pretendía –según la Exposición de Motivos en su párrafo 11– introducir un elemento de flexibilidad indispensable a un instrumento que debe aplicarse en los asuntos urgentes. Esta posibilidad desaparece con posterioridad para dejar en manos de la Comisión, en exclusiva, la iniciativa de plantear el debate sobre la cesación del régimen.

De igual forma, el Parlamento Europeo ve relegada su participación a una segunda fase. Una vez sea adoptada la decisión, ha de ser informado de la misma (artículo 6.2 *in fine*)³⁵.

Sin embargo, el artículo 6, a diferencia del 5 (relativo a la activación del régimen), no estipula ningún contenido mínimo para la propuesta de la Comisión, ni tampoco respecto de la decisión del Consejo. Dicho de otro modo, no contiene previsión alguna acerca de la motivación de esa decisión, por contraste con lo que disponía el artículo 5.3 de la Directiva. A sabiendas de las importantes consecuencias que para los beneficiarios supone la cesación de la Protección Temporal, que además, tantas dificultades observa en su fundamentación –como veremos en el apartado siguiente–, resulta cuando menos llamativo que no se haya procedido con más minuciosidad sobre el contenido mínimo de la decisión del Consejo, dificultando de este modo su motivación. No obstante lo cual, resulta de todo punto evidente que, pese a ese silencio, la motivación resulta jurídicamente exigible, y ello en razón, entre otras consideraciones, del principio del Estado de Derecho, que preside la Comunidad según la jurisprudencia, y en cuya virtud todo acto de un poder público –y el Consejo lo es– ha de estar motivado.

Nótese igualmente que tampoco se prevé la participación de otras instituciones, como ACNUR, cuyos informes servían de motivación y fundamento al Consejo en su decisión de aplicación del dispositivo (artículo 5.4 c)³⁶.

Sin embargo, el silencio de la Directiva en el artículo 6, sobre el procedimiento de consulta a realizar con ACNUR y otras organizaciones internacionales pertinentes, no significa que ésta no sea exigible de conformidad con lo que dispone el tenor literal del más general artículo 3, que así lo recoge expre-

35. Ya desde la *Propuesta de Acción Común de 1998*, el PE debe ser informado de la decisión, desapareciendo la posibilidad de someterle ésta en las mismas condiciones que al Consejo. En la Exposición de Motivos se alude a la flexibilidad y rapidez que incorporaría una distribución de competencias como ésta, que por otro lado, se correspondía con el texto del artículo K. 6 del TUE. A pesar de ello, el Parlamento, a la luz de la gravedad de la presente problemática, consideró necesario que la participación del mismo fuera lo más amplia posible. En su enmienda al artículo 6.2, sugería ser informado no sólo de la decisión del Consejo sino también de la propuesta de la Comisión. Al igual que ocurrió con la enmienda al artículo 5, del mismo talante, no prosperó. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, enmienda número 14, p. 12.

36. El propio PE llamó la atención sobre el tema proponiendo la modificación del artículo 6 con objeto de incorporar la obligación del Consejo de «tener en cuenta las evaluaciones de ACNUR y otras organizaciones internacionales». PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, enmienda número 14, p.12.

También el Consejo de Europa insistió en esta necesidad. CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. *Recomendación n.º R (2000). 9 on temporary protection*. Recomendación número 11.

IIA va más allá al proponer que los Estados tomen la decisión de poner fin a la Protección Temporal en *coordinación con ACNUR y otras relevantes organizaciones internacionales*. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Delhi Conference (2002) Committee on Refugee Procedures. *Final Report and Draft Guidelines on Temporary Protection*, para. 11, p. 11.

samente, no sólo para el establecimiento y la aplicación del sistema, sino también para el *cese* de la Protección Temporal.

En este sentido, y a mayor abundamiento, no debemos olvidar que el Alto Comisionado no sólo tiene reconocidas competencias estatutarias respecto al *cese* de la condición de refugiado (capítulo II, sección 6, párrafos A (ii) (e) y (f) del Estatuto), sino también respecto de aquellos que sin serlo estén bajo su competencia. A ello se añade, desde otra perspectiva, y más allá de lo que la Directiva dispone, la facultad de supervisión del artículo 35 de la Convención de Ginebra también aplicable³⁷. Por todo ello, es evidente que la participación de la Oficina resulta fundamental y previsible.

En síntesis, pues, el silencio de la norma comunitaria no es óbice para que la decisión esté motivada y sobre todo para contar con la participación de unos organismos que van a ejercer su labor en todo el procedimiento y cuya opinión no se puede obviar en su fase final, y más delicada. Sin embargo, todo ello ofrece si cabe mayores facultades de apreciación al Consejo, precisamente cuando más se debe armar de apoyos.

B. FUNDAMENTO. EL CONCEPTO DE “REGRESO SEGURO Y DURADERO” COMO PARÁMETRO DE CONTROL DE LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN Y *RATIO DECIDENDI* DE LA DECISIÓN DE CESACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL.

El segundo apartado del artículo 6 describe el fundamento o *ratio decidendi* en el que se ha de basar la decisión del Consejo para dar por terminada la Protección Temporal, antes de que venza el plazo máximo que la Directiva contempla. Para ello, el precepto establece las condiciones que el órgano comunitario debe respetar a la hora de dictar tal resolución: que la situación del país permita el regreso seguro, de forma duradera.

Al tratarse de una decisión restrictiva de derechos, es imprescindible que se halle suficientemente motivada y que se apoye en una estricta interpretación del presupuesto de hecho. Poner fin a la protección que se venía garantizando exige, con carácter previo, la demostración de que ésta *ha dejado de ser necesaria*. Precisamente, es la ausencia de necesidad de protección la base del fundamento, es decir, el principio y origen en que estriba el acuerdo de interrupción.

Dada la intrínseca relación entre el sistema de Protección Temporal y las condiciones en el Estado de exilio, serán los supuestos cambios producidos en

37. ACNUR. EXCOM. *Note on Cessation Clauses*, EC/37/SC/CRP.30, 30 mayo 1997.

Nótese la importancia de las *Guidelines* sobre las cláusulas de cesación elaboradas por ACNUR y aplicadas por éste en 21 ocasiones. Su experiencia en este campo resulta del todo imprescindible. El documento *The Cessation Clauses: Guidelines on their Application* (Geneva, abril 1999) ha sido recientemente reemplazado por *Guidelines on International Protection. Cessation of Refugee Status under article 1 C (5) y (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the “Ceased Circumstances” Clauses)*. HCR/GIP/03/03, de 10 de febrero de 2003, con objeto de incorporar las últimas reflexiones de las *Global Consultations* sobre el tema.

éste los que invaliden la acogida otorgada y, de esta manera, habiliten al Consejo para resolver su protección interina.

En concreto, el artículo 6.2 estipula:

“La decisión del Consejo se basará en la comprobación de que *la situación en el país de origen permite, de forma duradera, el regreso seguro* de las personas a las que se otorgó protección temporal, respetando debidamente los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo sus obligaciones en materia de no devolución. Se informará al Parlamento de ésta decisión.”³⁸

Véase, pues, que para el cese de la Protección Temporal otorgada, resultan ineludibles unas condiciones primarias y substantivas, verificables en el país de origen. El Consejo habrá de dilucidar si los cambios producidos en éste son de tal calidad que fueran susceptibles de garantizar, *a priori*, el “regreso seguro y duradero” de la población desplazada. En la medida en que esto sea posible, la protección dejaría de ser esencial y, en ese caso, se estaría en condiciones de ponerle término.

De esta forma, la viabilidad de un “regreso seguro y duradero” se convierte en la *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.

La protección y su cesación resultan así fiduciarias de los acontecimientos que se produzcan en el país de huida. Esta característica exige una estrecha relación entre los Estados miembros y aquél del que huyeron los beneficiarios de la acogida; ello provoca un *diálogo* que resulta ser una de las singularidades del sistema, la llamada *proyección exterior* de la Protección Temporal europea.

En la medida en que la salvaguarda otorgada por la Directiva no pretende ser un sustituto permanente de la protección nacional, tanto la temporalidad como la dependencia de las causas que originaron el desplazamiento se convierten en una característica inherente al sistema y, en absoluto, ajena a su marco jurídico de referencia, el Derecho de los Refugiados.

Efectivamente, el Convenio de 1951 había surgido con el objeto de solventar una situación que se consideraba *transitoria*. Con ese mismo carácter nace el estatuto de los refugiados, cuyos beneficios dejarían de ser aplicables una vez el refugiado hubiera obtenido, o estuviera en condiciones de obtener, la protección de la que había sido desposeído (artículo 1 C del Convenio de Ginebra). Resulta así, una protección condicionada o supeditada a la supervivencia de los factores que la hicieron posible, es decir, a la existencia de los fundados temores de ser perseguido, a los que alude el famoso artículo 1 A 2. En el caso concreto de los párrafos 5 y 6 del artículo 1 C del Convenio, se hace

38. La cursiva es de la autora.

evidente la necesidad de examinar los cambios ocurridos en el país de origen para dicho cometido. En el caso de la Directiva, tal exigencia forma parte de su esencia.

Si bien es verdad que, por circunstancias históricas vinculadas especialmente a la Guerra Fría, el estatuto de refugiados en Europa se convirtió en un régimen de protección tendencialmente permanente, en ningún momento se han derogado aquellas cláusulas de cesación del Convenio que, a partir de la década de los noventa, han adquirido un interés renovado. Sin embargo, ese interés es reciente y aún se percibe la falta de una práctica consolidada que nos pudiera ofrecer los parámetros necesarios de interpretación de las mismas³⁹.

Así las cosas, en el seno del sistema de Protección Temporal surge un nuevo concepto, el de “regreso seguro y duradero”, como cláusula de cesación, con las mismas deficiencias interpretativas.

A pesar de que ni las figuras jurídicas anteriores a la Protección Temporal –*temporary refuge*–, ni los primeros análisis del sistema elaborados por ACNUR se decantaban por una solución duradera concreta para los casos de flujos masivos de población, a partir de 1994 el Alto Comisionado empieza a considerar el *retorno* como la solución más apropiada.

Ese retorno se hace depender de *las condiciones del país de origen*. Éstas habrán debido cambiar, respecto del momento de producción de la huida, en grado suficiente como para permitir un *return in safety and dignity* (en palabras del Alto Comisionado) y, además, con carácter voluntario, si fuera posible. Las características exigidas habitualmente en los casos de “repatriación voluntaria de refugiados” se trasladaban así a los casos de cesación de la Protección Temporal. La Directiva europea se decanta, de esta forma, por la fórmula gestada en el seno de la Oficina confirmado un creciente consenso en la materia⁴⁰.

39. Atendiendo a los Trabajos preparatorios del Convenio de 1951, fue el Delegado francés el que introdujo el “cambio en las circunstancias” sin aparente debate (NACIONES UNIDAS. A/C.3/L.123. 27 nov. 1950). A parte de alguna referencia a la restauración de la democracia, los *Travaux Préparatoires* no arrojan mucha luz sobre las circunstancias en las que se podría aplicar la cláusula de cesación. Además, es conocida la prudencia con la que tanto los Estados como ACNUR han utilizado la posibilidad de éstas cláusulas. La transición a la democracia, la resolución de un conflicto civil o la creación de un Estado de reciente independencia han sido los motivos en los que la Oficina se ha basado para hacer uso de ellas en los 21 casos examinados hasta ahora. En esta escasa práctica estatal e institucional se basa la construcción dogmática realizada hasta nuestros días.

40. La primera vez que encontramos el concepto de “regreso seguro y digno” es en la Conclusión número 65 (XLII), de 1991. En ella, el Comité Ejecutivo recomendaba un regreso en condiciones de *seguridad y dignidad* para los casos de repatriación voluntaria. *Conclusiones Generales*, 42º período de sesiones.

Posteriormente, encontramos las mismas exigencias respecto de la Protección Temporal, *vid.* ACNUR. *Note on International Protection*. EXCOM. A/AC.96/830, 7 de septiembre de 1994, para. 50, p. 24.

A diferencia de la cláusula de cesación de Ginebra que fija su atención simplemente en el hecho de la desaparición de las causas que originaron el desplazamiento (artículo 1 C 5 y 6), en el caso de la cláusula de cesación de la Protección Temporal, la norma va más allá: No sólo espera que se hayan producido los cambios suficientes en el país de origen, sino que adelanta la solución duradera por la que apuesta; piensa ya en las medidas posteriores a la finalización del régimen. Como decíamos en el capítulo conceptual, el sistema de Protección Temporal europeo está enfocado al regreso de las personas afectadas a su país de origen y la fundamentación de la cesación del Consejo es un ejemplo significativo.

No basta con que se hayan producido determinados cambios en el país de la huida sino que éstos han de tener la suficiente entidad para posibilitar la vuelta a casa de los desplazados en condiciones seguras y duraderas.

Pero, en todo caso, ya sea en un régimen o en otro, los problemas de interpretación continúan, las preguntas siguen siendo las mismas. *¿En qué han de consistir los cambios producidos en el país de origen para cesar el estatuto?* Más concretamente al hilo del artículo 6.2 de la Directiva, *¿cuáles han de ser las condiciones en el país de origen para que permita un regreso seguro y duradero?*

A. LA INDETERMINACIÓN DEL FUNDAMENTO Y EL AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN DEL CONSEJO. SOBRE LA NECESIDAD DE ENCONTRAR ESTÁNDARES DE INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE "REGRESO SEGURO Y DURADERO".

Nos encontramos, de nuevo, con un concepto jurídicamente indeterminado. Noción de la que dependerá una de las decisiones más importantes y cuya interpretación queda, también de nuevo, en manos del Consejo. Al igual que con el presupuesto de hecho –la determinación de la afluencia masiva–, el Consejo se halla investido de amplias facultades de apreciación porque así lo ha establecido el artículo 6.2. Ello impide que se puedan delimitar *a priori* y por completo todos sus caracteres. Cuáles sean los estándares de su contenido, es algo que no se avanza en la norma de Derecho derivado y ni siquiera pueden extraerse sin más del más amplio Derecho comunitario o Derecho internacional, salvo de forma indirecta.

Téngase en cuenta que el traslado de categorías es siempre relativo y condicionado a las peculiaridades de la Protección Temporal. En este caso, la temporalidad es algo esencial al sistema, más si cabe, que en el supuesto del asilo; y además, priman las cualidades objetivas sobre las subjetivas (mientras que en la determinación del estatuto de refugiados y en la cesación de su régimen se tienen en cuenta ambas), por lo que los requisitos u exigencias no pueden ser los mismos exactamente, en uno y otro caso.

En palabras de GOODWIN-GILL, el concepto de *safe return* vendría a ocupar una posición interina entre los refugiados que deciden voluntariamente volver a casa y otros nacionales que son también requeridos a volver a sus hogares y no han reclamado protección internacional. GOODWIN-GILL, G.S. *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 275.

Lo cierto es que la realidad no se deja encerrar en las reglas de la lógica formal; no es siempre posible predeterminar la conducta o la decisión del órgano que ha de resolver. Si a ello añadimos que la norma puede legítimamente renunciar, *a priori*, a delimitar por completo un concepto legal o una pauta de conducta y, paralelamente, otorgar un margen de apreciación mayor al órgano llamado a resolver, las dificultades son evidentes.

Lograr una repatriación relativamente rápida de los desplazados puede resultar uno de los atractivos del sistema de Protección Temporal; sin embargo, encontrar condiciones seguras para un retorno en masa se convierte en todo un desafío a causa de los riesgos humanos implicados⁴¹. El desafío es aún mayor, cuando esas mismas condiciones no están claramente predeterminadas o no se dispone de instrumentos normativos específicos de los que inferirlas.

La ausencia de estándares jurídicos obligatorios e, incluso, de una práctica consolidada sobre este tipo de cuestiones aún otorga mayor margen de maniobra. La relación entre las cláusulas de cesación de Ginebra, los parámetros internacionales de protección de los derechos fundamentales y el concepto emergente de “regreso seguro y duradero” resultan, a todas luces, materia de estudio y discusión doctrinal. No son, desde luego, conceptos o categorías intercambiables, al margen de que operen en planos distintos, aunque, eso sí, puedan guardar una estrecha relación.

Esclarecer el contexto en el que se puede poner fin a una protección temporal que puede llegar a tener como consecuencia un regreso involuntario pero compatible con las obligaciones internacionales arrojaría mucha luz en una materia de tantos contrastes.

Efectivamente, se percibe un gran esfuerzo académico por aprehender la noción de “regreso seguro y duradero” con objeto de ofrecer los exactos contornos de la figura, en una necesidad de no dejar nada al azar⁴². No obstan-

41. Piénsese, a modo de ejemplo, cómo las condiciones de inseguridad y precariedad en las que volvían los albanos kosovares —particularmente debido a la incapacidad de las tropas de mantenimiento de la paz para evitar los asesinatos, asaltos, etc.— tuvo como consecuencia, a parte de los daños y pérdidas de vidas humanas, el desarrollo de nuevos flujos de desplazados. *Vid.* ACNUR/OSCE. *Assesment of the Situation of Ethnic Minorities in Kosovo*, 11 de febrero de 2000.

42. La profesora Fitzpatrick insiste en la necesidad de encontrar parámetros *realistas y humanos* con la intención de luchar contra la posibilidad de violar el principio de *non refoulement* y como forma de enfrentar el que llama “corrosivo escepticismo oficial” en torno a la relevancia del Derecho de los Refugiados. FITZPATRICK, J. «The end of protection. Legal standards for cessation of refugee status and withdrawal of temporary protection». *op. cit.*, p. 348.

El interés es plausible, sin embargo, consideramos que no se trata de encontrar esos parámetros a modo de artificial construcción doctrinal que no vincula, en último término, a los Estados. La cuestión sería, quizás, distinguir entre las obligaciones jurídicas que ya existen y anotar hacia donde va la doctrina y los prácticos del DIR, considerando sus propuestas de *lege ferenda*. Todo ello sin olvidar que la indeterminación de la noción de “regreso seguro y duradero” *no es casual sino interesada*, por lo que será imposible perfilar la figura con carácter previo a la toma de tal decisión.

te, aunque loable, resulta un empeño en ocasiones desenfocado, si se tiene en cuenta que se trata de una figura que ha de proyectarse sobre circunstancias siempre mudables o mutables.

Una cierta orientación de lo que podría considerarse un Estado que permite un “regreso seguro y duradero” es imprescindible pero, siempre y cuando se consideren sus caracteres a modo de *patrón a seguir*. En este estadio de evolución normativa no es posible exigir unos parámetros exactos e inmutables dado que todos los criterios son *cuestionables y miden su eficacia en el momento concreto* (piénsese, *v.gr.*, en las exigencias en torno a la protección de los derechos humanos, cuáles serían exigibles y cuáles no; o en la eficacia de la exigencia de adoptar acuerdos de paz o amnistías), según las circunstancias que se produzcan. No se puede pretender encerrar el concepto ni tampoco extraer de tal análisis doctrinal la convicción de que se trata de criterios de obligado cumplimiento. Ese denodado interés en construir una suerte de “concepto del Estado seguro” pudiera olvidar, a menudo, la diferencia entre el *ser y el deber ser* o, al menos, la necesidad de poner en su contexto los instrumentos que nos sirven de contraste. Entre ellos, es preciso hacer una distinción entre las auténticas obligaciones jurídicas y aquellas recomendaciones u observaciones al respecto vertidas por las instituciones más diversas o las soluciones de *lege ferenda* doctrinales.

Todo ello no significa, sin embargo, que no sea posible, en términos jurídicos y *de lege lata*, delinear el contorno o perímetro externo del concepto legal en cuestión.

De ahí que, a falta de una aplicación práctica de la propia Directiva, que nos pudiera aclarar los contornos del artículo 6.2, se ha de acudir a otros medios de interpretación, siempre indirectos y relativos. De ellos se inferirán algunos criterios orientativos pero que sólo nos pueden servir, repetimos, indiciariamente, pues no se trata de criterios hermenéuticos del “regreso seguro”.

A delinear ese contorno o perímetro exterior del concepto jurídico habrán de contribuir las reglas tradicionales de la hermenéutica: desde la interpretación literal de lo que dice la norma, su finalidad o contexto, pasando por el análisis de los trabajos preparatorios y debate previos, hasta la aplicación futura que de aquél haga el Consejo o la Comisión.

Para ello, se analizará *qué dice la norma y que dice la Comisión que dice la norma*, opinión expresada en los trabajos preparatorios y en los debates previos a la adopción de la Directiva.

Esta interpretación se contrastará, al hilo del discurso, con la propia del Alto Comisionado, creador del concepto en su forma originaria, cuyos análisis son de los pocos instrumentos jurídicos realizados al respecto⁴³. Así como la

43. ACNUR. *Handbook on Voluntary Repatriation: International Protection*, Geneva, 1996. *Progress Report on Informal Consultation on the Provision of International Protection to All Who need it*, Standing Committee, EC/47/SC/CRP.27, 30 de mayo de 1997.

práctica de esta misma Oficina y de los Estados miembros en el regreso de los desplazados tras el conflicto en la ex Yugoslavia, precedente más inmediato de la actual normativa vigente⁴⁴.

Analizar el marco de referencia más amplio del que proviene la figura, esto es, el DIR, resultará ilustrativo. Puesto que la Protección Temporal descansa sobre el marco de la Convención de 1951 y en la medida en que el artículo 6.2 de la Directiva pretende la cesación de la Protección Temporal aduciendo cambios en el país de origen que pudieran no hacerla necesaria o justificada, nos interesa conocer la interpretación que se ha realizado de estas condiciones para que, en aplicación de la *analogía*, nos pueda servir de punto de referencia en nuestro estudio de la citada disposición.

En esta labor, resultará imprescindible centrarnos en aquellos datos que sean extrapolables a los casos de afluencia masiva y, por tanto, de Protección Temporal y equilibrando el nivel de exigencia, pues siempre será mayor y más estricto aquel aplicable a los refugiados reconocidos que aquel referido a los desplazados a los que se ha otorgado Protección Temporal.

Efectivamente, consideramos que la cesación de la Protección Temporal puede estar *guiada* por estándares similares a las causas de cesación de Convenio de 1951, pero que nunca serán jurídicamente exigibles en toda su entidad desde el momento en que las circunstancias tampoco son comparables y se trata de sistemas normativos y de protección diferentes. La analogía, como veremos, será limitada⁴⁵.

B. EL CONTORNO DEL CONCEPTO DE "REGRESO SEGURO Y DURADERO". MATERIALES PARA LA REFLEXIÓN.

En la descripción del fundamento de la decisión del Consejo se ha producido una evolución desde los primeros antecedentes e instrumentos normativos en la materia, en el marco del Tratado de Maastricht hasta la Directiva vigente.

Si bien el *retorno* de las personas desplazadas ha sido una constante desde las primeras aproximaciones jurídicas, las características exigibles a ese retorno han variado dentro de un mismo paraguas conceptual.

44. Resulta de todo interés, los requisitos mínimos recomendados por el Alto Comisionado para proceder a la finalización de los distintos sistemas de protección temporal que tuvieron como consecuencia la vuelta a casa de un número importante de desplazados a Bosnia Herzegovina. Así mismo, utilizaremos como principios orientadores los criterios adoptados por los Acuerdos de Paz de Dayton (*General Framework Agreement on Peace in BiH*), en la medida en que, teniendo como objetivo la finalización de las hostilidades también creaban –o más bien pretendían crear– las condiciones para un regreso seguro de los exiliados.

45. En contra: FITZPATRICK, J. «The end of protection: legal standards for cessation of refugee status and withdrawal of temporary protection», *op. cit.*, p. 351. Según la profesora Fitzpatrick el análisis del artículo 1 C.5 del Convenio de 1951 resultaría el mejor referente indirecto para los casos de Protección Temporal.

En la *Propuesta de Acción Común* de 1997, en su artículo 4.2, apartado b), se facultaba al Consejo para suprimir gradualmente el régimen de Protección Temporal y repatriar a las personas beneficiarias del mismo, siempre que la situación en el país de origen hiciera posible *el retorno seguro en condiciones humanas*, concepto posteriormente modificado por el de *regreso seguro de las personas beneficiarias en condiciones compatibles con la dignidad humana*⁴⁶.

Finalmente, en el *Proyecto de Directiva de 2000*, el artículo 6 dedicado a las causas de cesación de la protección, de nuevo utiliza los conceptos de “regreso seguro” y de “dignidad”, al que se une el de la “duración”. En concreto, el artículo 6.2 estipula:

“La Decisión del Consejo se basará en la comprobación de que la situación en el país de origen permite, de manera duradera, un *regreso seguro y en condiciones dignas* (...)”⁴⁷

La noción de “regreso seguro y digno” encontró una amplia acogida entre las principales organizaciones vinculadas a los desplazamientos; no en vano, venía a reproducir la fórmula de “*safety and dignity*” previamente adoptada por ACNUR⁴⁸.

No obstante, en el último momento, a la hora de aprobar definitivamente la Directiva, se prefiere conservar la cualidad de *seguridad* y trasladar la *dignidad* al artículo 21 de la misma dedicado a regular el regreso voluntario del desplazado. El “regreso seguro y duradero” será, a partir de ahora, la noción a dilucidar.

1. EL CONCEPTO DE “REGRESO SEGURO Y DURADERO” SUPONDRÍA LA AUSENCIA DE LOS FACTORES DE RIESGO QUE DIERON PIE A LA ACTIVACIÓN DEL RÉGIMEN. LA CESACIÓN DEVIENE FIDUCIARIA DE LA INICIACIÓN.

En la medida en que los cambios producidos en el país de origen garanticen un regreso seguro y duradero de los desplazados, la protección podrá dejar de ser necesaria poniéndose así fin al dispositivo. Desde un punto de vista estrictamente normativo, ello podría significar que han desaparecido las

46. En la *Resolución de 1995* no se dedicaban disposiciones al respecto.

Propuesta de Acción Común modificada de 1998, artículo 4.2.b). La reforma pretendía introducir un texto más explícito atendiendo a las demandas de los Estados. Exposición de Motivos, p. 6.

47. La cursiva es de la autora.

48. Cfr. CONSEJO DE EUROPA. *Recomendación Número R (2000) 9 on temporary protection*. ECRE, *Position of the European Council on Refugees and Exiles on Temporary Protection in the Context of the Need for a Supplementary Refugee Definition (marzo 1997)*, op. cit., para. 33 y siguientes, p. 541.

Por su parte ILA propone un contenido para el concepto de seguridad y dignidad que se corresponde prácticamente con lo enunciado por ACNUR. ILA. *London Conference 2000. Committee on*

causas que dieron lugar al inicio del régimen de Protección Temporal. En este sentido, el artículo 6.2, (*la condición de un regreso seguro y duradero*), *entraría la ausencia de los factores de riesgo, esto es, la inconsistencia del artículo 2 c) de la Directiva (en la medida en que dispusiese el Consejo en su decisión de activación)*.

Por medio de esta interpretación sistemática se pone en relación el artículo que define a los beneficiarios o, mejor aún, el presupuesto de hecho determinante de la protección temporal, con aquel dedicado a las causas de cesación, de tal forma que uno implicaría la ausencia del otro –la interrupción del régimen sería posible siempre que en el país de origen hubieran desaparecido las causas subyacentes al desplazamiento–. Con la aplicación del artículo 6.2 cabría suponer que no existen motivos para temer una situación de riesgo o de violación de derechos fundamentales como la descrita por el artículo 2 c) de la misma norma.

Las palabras de la Comisión en la Exposición de Motivos del antecedente inmediato de la Directiva vigente, parecen confirmar este planteamiento. Según esta institución:

“(…) debe constatar que el regreso seguro de los beneficiarios de protección debe poder desarrollarse con seguridad y dignidad, en un contexto estabilizado y en condiciones en las que no estén amenazadas la vida o la libertad de las personas en cuestión por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política ni se someta a éstas a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Los conceptos de seguridad y dignidad en el regreso implican la desaparición de las causas que originaron la afluencia masiva, eventualmente un proceso de paz y reconstrucción y condiciones por las que se garantice el respeto de los derechos de las personas y del Estado de Derecho (...)”⁴⁹.

De las palabras de la Comisión extraemos las siguientes conclusiones:

Se confirma, en primer lugar, que es absoluto el *diálogo excluyente* entre el artículo 2.c) –que define el presupuesto de hecho determinante de la Protección Temporal y, por tanto, las causas originarias del desplazamiento masivo–, y el artículo 6.2 –regulador de las causas que dan lugar a la finalización de la protección con carácter previo al vencimiento de su límite máximo–. Se produce, de este modo, una correspondencia entre el concepto de “seguridad y dignidad” y la ausencia de las causas que dieron lugar a la protección interina. Igual que ocurría con la cláusula de exclusión de Ginebra, para cuya aplicación se hacía necesario evaluar la causa específica consistente en el temor a ser objeto de persecución.

Como hemos visto, la Comisión alude a los *potenciales refugiados* (artículo 2.c) de la Directiva) cuando afirma que debe darse una ausencia de amena-

49. *Propuesta de Directiva de 2000*, Exposición de Motivos, comentario al artículo 6.2, p.18.

También la doctrina. *Vid., inter alia*, FITZPATRICK, J. «The End of Protection: legal standards for cessation of refugee status and withdrawal of temporary protection», *op. cit.*, p. 367.

za a la vida o la libertad de las personas en cuestión por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política (*vid.* artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra de 1951).

Asimismo, hace referencia a los *otros instrumentos internacionales de protección* en cuyo ámbito de aplicación podían entrar los beneficiarios de la Protección Temporal (artículo 2.c) de la Directiva), al exigir que no se someta a éstos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 del CEDH y de la Convención contra la Tortura).

De igual forma, apunta a las personas que hayan huido de *zonas de conflicto armado o de violencia permanente* (artículo 2.c.i.), al poner como ejemplo la eventual constitución de un proceso de paz y reconstrucción (no aparece, por tanto, como requisito *sine qua non*⁵⁰) y la alusión al contexto estabilizado como parte de la "seguridad y dignidad".

Y, para finalizar, no olvida a aquellos que hayan podido estar en peligro de verse expuestos a una *violación sistemática o generalizada de los derechos humanos* (artículo 2.c.ii.), al incluir el deber de garantizar el respeto a los derechos de las personas y del Estado de Derecho.

Este diálogo o correspondencia que se produce entre el régimen de la activación y el de la cesación tiene como consecuencia inmediata que la interpretación que haga el Consejo del concepto de "regreso seguro", es decir, de las condiciones que se den en el país de origen para proceder a la repatriación *dependerá de la previa fundamentación de la activación de la Protección Temporal*, de la descripción del presupuesto de hecho determinante, es decir, de la afluencia masiva y de las circunstancias que han de rodear a ésta (artículo 2.c). La fundamentación o *ratio decidendi* de la resolución del Consejo será fiduciaria de las características preliminares asignadas a la afluencia en masa. Los motivos por los que se garantice la protección representarán la vara de medir o el canon de las garantías del regreso⁵¹.

50. Sin embargo, ECRE ha exigido que tratándose de un desplazamiento producido como consecuencia de un conflicto armado, su regreso sólo se produzca en el marco de un acuerdo internacional de paz. ECRE. *Position of the European Council on refugees and Exiles on Temporary Protection*, *op. cit.*, marzo 1997, para. 33 y ss., p. 541.

51. Consideramos que si en la fundamentación de la activación del sistema se incide, *v.gr.* en las características de un conflicto armado como determinante de su presupuesto de hecho, a la hora de interrumpir la protección –vía artículo 6.1.b–, serán las posibilidades de poner fin a las hostilidades o conseguir condiciones de paz o seguridad y reconciliación las que primen en la toma de decisión por encima de otros factores (condiciones sociales o económicas del Estado, etc.).

También la Alta Comisionada puso el acento en la previa fundamentación del sistema para valorar los cambios producidos en Bosnia: (OGATA, S. *Statement by Mrs. Sadako Ogata, United Nations High Commissioner for Refugees, at the Humanitarian Issues Working Group of the International Conference on Former Yugoslavia*, Ginebra, 16 enero 1996):

"There is no doubt that the factors which prompted me to launch the appeal to asylum countries in July 1992 for temporary protection for the victims of the Bosnian war and which you responded to so generously –large-scale fighting, massive human rights violations and an abysmal humanitarian situation–, are today disappearing. I appreciate that the length of stay of

La indeterminación de los conceptos, tanto en la activación, como en la interrupción, provoca la inevitable discrecionalidad en la actuación comunitaria, característica básica del dispositivo. El margen de apreciación que, para cada caso, ostenta el Consejo se encuentra obviamente delimitado o vinculado, en primer término, por la necesaria *coherencia* entre las circunstancias que determinaron el nacimiento de la protección y su fin. Como acontece en Derecho interno, la libertad o margen de apreciación del órgano llamado a decidir se halla limitada por los *hechos determinantes*, cuya verificación o control resulta posible desde el exterior.

2. LA RELATIVIDAD DEL CONCEPTO: LA IMPOSIBILIDAD DE INVENTARIAR *A PRIORI* LOS ELEMENTOS O CONTENIDOS NECESARIOS O DE ESENCIA DEL REGRESO SEGURO Y DURADERO.

¿Qué ha de entenderse por contexto estabilizado; por proceso de paz y reconstrucción? ¿Qué nivel es el exigible en el respeto a los derechos de las personas (¿civiles, políticos, económicos, sociales y culturales?³²) ¿En qué medi-

those benefiting from temporary protection in Europe and elsewhere has turned out to be longer than originally hoped for and that, in view of the changed circumstances in Bosnia, a number of host countries are now anxious to see the refugees return home”.

No obstante lo cual, si durante el transcurso de la Protección Temporal, los peligros en los que se incide en la fundamentación han desaparecido pero han surgido otros en su lugar, la falta de sintonía entre activación y cesación no será óbice para la continuación de la protección si ésta sigue siendo necesaria. En ese caso, resulta imprescindible que las nuevas amenazas se encuentren en el ámbito de aplicación de la Directiva (artículos 2 a y c).

La misma interpretación era previsible con la cláusula de cesación de la Convención de Ginebra. (artículo 1 C.5 y 6). Al valorar el cambio en las circunstancias en el país de origen se debía atender al progreso conseguido en la protección, exclusivamente, de aquellos derechos fundamentales enunciados en su artículo 1. A.2.

52. En el caso de la cláusula de cesación de Ginebra se ha dispuesto que la situación general de los derechos humanos debería incluir: el derecho a la vida; no discriminación; garantías judiciales de imparcialidad y respeto del derecho de presunción de inocencia; libertad de expresión, asociación y circulación y acceso a los Tribunales; así como un más amplio Estado de Derecho. *Cfr.* ACNUR: *Note on Cessation Clauses*, Standing Committee, 30 de mayo de 1997, para. 23, p. 5.

Respecto a la Protección Temporal, la Comisión en su Exposición de Motivos de la Propuesta de Acción Común de 1997, consideraba que el respeto de otros derechos fundamentales incluiría, a modo de ejemplo: la libre circulación; el respeto a la vida familiar; la libertad religiosa y de opinión; el derecho de propiedad, etc. *Vid. Propuesta de Acción Común de 1997*, Exposición de Motivos, para. 19, p. 7.

En este ámbito de materias, resulta interesante el debate abierto sobre el posible derecho a la restauración de la propiedad o, al menos, la compensación por la pérdida de la misma. El Tratado de Dayton para Bosnia así lo defendía en el artículo I, 1 del anexo 7:

“All refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin. They shall have the right to have restored to them property of which they were deprived in the course of hostilities since 1991 and to be compensated for any property that can not be restored to them.(...)”

El profesor KÁLIN apoya la creciente tendencia a considerar este derecho con ejemplos significativos de casos como los de Iraq (Resolución 687 (1991), para 16) y otros. *Vid.* KÁLIN, W.

da quedaría ello garantizado mediante la adhesión del Estado a los principales tratados internacionales o regionales sobre la materia? ¿Sería determinante la celebración de amnistías o elecciones?

Todas ellas son cuestiones irresueltas *a priori*. Dependiendo de las causas de la huida, determinadas reformas en la estructura jurídica y social del Estado podrían considerarse elementos de un cambio fundamental que pone fin a las causas del desplazamiento, pero no es posible realizar un catálogo exhaustivo y mucho menos, excluyente. Esta indefinición previa en la norma puede forjar en la práctica tanto conceptos de “regreso seguro y duradero” *restrictivos* como *ampliados*. La última decisión queda en manos del Consejo. Sin embargo, algunas instituciones –aparte de la Comisión en su Exposición de Motivos–, ya se han aventurado a trazar los márgenes de la figura.

A diferencia del Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, que no hacen ninguna valoración sobre el artículo 6.2, el Parlamento Europeo consideró que era necesario incluir garantías que aseguraran que las personas que disfruten de Protección Temporal no se vean obligadas a regresar a sus países si las condiciones allí no son las adecuadas para *su reinserción en la sociedad*⁵³.

Con este objetivo propuso una enmienda al artículo 6.2 que consistía en lo siguiente:

“La Decisión del Consejo se basará en la comprobación de que la situación en el país de origen permite, de manera duradera, un regreso seguro y en condiciones dignas, para asegurar la seguridad física, la seguridad jurídica y el respeto de los derechos fundamentales de las personas retornadas (...)”

La modificación del Parlamento alude claramente a la interpretación que, años atrás, había realizado ACNUR, en el contexto de la repatriación voluntaria. Según el Alto Comisionado, la *seguridad* del retorno sería de tres tipos⁵⁴:

⁵³ «Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism», *op. cit.*, p. 231, pie de página: 107.

En el caso de la ex Yugoslavia, consideramos que se incide en este derecho por las características en las que se desarrolló el conflicto. Solucionar la grave crisis humanitaria producida suponía restaurar, en la medida de lo posible, la propiedad como fórmula de combatir la propia persecución étnica. Es por ello por lo que es posible que pudiera formar parte del concepto de “regreso seguro y duradero”, en la medida en la que pusiera fin a las causas del desplazamiento.

Sobre los problemas de vivienda de los retornados y el programa de reconstrucción de las mismas, puede consultarse: COX, M. «The right to return home: International Intervention and Ethnic Cleansing in Bosnia and Herzegovina», en *ICLQ*, vol. 47, 1998, pp. 624-626.

⁵⁴ PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva*, justificación de la enmienda número 14, p. 12.

⁵⁴ ACNUR. *Handbook on Voluntary Repatriation: International Protection*, Ginebra, 1996, para. 2.4. *Progress Report on Informal Consultation on the Provision of International Protection to All Who need it*, Standing Committee, EC/47/SC/CRP.27, 30 de mayo de 1997, para. n), p. 3.

Con base en estos estudios, la Comisión, en su Exposición de Motivos de la *Propuesta de Acción*

En primer lugar, se ha de observar una *seguridad jurídica*, que podría comprender amnistías o cualquier compromiso público de seguridad respecto a los retornados a fin de asegurar su integridad, no discriminación y ausencia de amenaza o castigo tras el retorno.

En segundo lugar, es imprescindible una *seguridad física*. Para ello podría garantizarse la protección contra ataques armados o campos minados.

Para garantizar ambos supuestos, parece ineludible la creación de un auténtico sistema administrativo y judicial capaz de asegurar estos conceptos⁵⁵.

Pero al margen de analizar las condiciones de estabilidad política y jurídica (en lo que coincide con la Comisión), el Alto Comisionado ha querido incluir, en último lugar, la *seguridad material* del desplazado. Se trataría de realizar un examen de la infraestructura local con objeto de determinar si el retornado estaría en condiciones de obtener el adecuado sustento, no sólo en lo que se refiere a la alimentación sino también, alojamiento, prestaciones sanitarias y de salud⁵⁶. Esta garantía evitaría la posible desestabilización del país y el rebrote de los exilios.

Es evidente que la obtención de garantías en todas estas áreas –incluida la seguridad material– sería deseable. Sin embargo, lo interesante es dilucidar si, aun sin todas ellas, se podría producir la cesación del régimen de forma compatible con las obligaciones internacionales. De ahí que distingamos entre los *posibles límites superiores e inferiores del concepto de “regreso seguro y duradero”*.

Todas las sugerencias anteriores, en especial las referentes al concepto de seguridad material, necesariamente tendrían que estar enmarcadas en el límite superior de la figura, es decir, *serían características deseables pero no exigidas*.

Común de 1997 consideraba que el concepto de retorno seguro en condiciones humanas, incluía, como mínimo: el derecho a regresar libremente a los lugares de origen; la seguridad, tanto física como jurídica; la no discriminación y el respeto de otros derechos fundamentales (...); proporcionar asistencia y alojamiento a fin de satisfacer las necesidades básicas de los retornados y facilitar su reinserción (...); la repatriación puede también exigir un sistema eficaz de seguimiento del proceso de reinserción mediante la creación y funcionamiento de mecanismos nacionales e internacionales que protejan los derechos humanos de las personas repatriadas. *Propuesta de Acción Común de 1997*, Exposición de Motivos, para. 19, p. 7.

Véase también: ILA. *Guidelines on Temporary Protection*, Resolution 5/2002, para. 13.

55. Cabe recordar, en este sentido, la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, sobre la crisis humanitaria de Kosovo, en cuyo párrafo 9 c), incluía entre las obligaciones de la presencia internacional de seguridad: «Establecer un entorno seguro de modo que los refugiados y personas desplazadas puedan regresar a sus hogares en condiciones de seguridad, la presencia internacional civil pueda desarrollar sus actividades, se pueda establecer una *administración de transición* y se pueda prestar ayuda humanitaria». NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad. *Resolución 1244*. S/RES/1244 (1999), 10 de junio de 1999.

56. ECRE incluso ha visto la necesidad de garantizar la educación de los menores. *Position of the European Council on Refugees and Exiles on Temporary Protection in the Context of the Need for a Supplementary Refugee Definition* (marzo 1997), para. 33, p. 541.

*bles en Derecho, con carácter absoluto (en todo tiempo y lugar y en cualquier circunstancia), como requisito "sine qua non" para proceder a un regreso seguro*⁵⁷. ¿En qué medida podríamos pretender que el Estado de origen garantizara la educación o la asistencia sanitaria de los desplazados, con carácter previo a la cesación del régimen de protección temporal, cuando, en ocasiones, ni siquiera es posible asegurarlo al resto de la población en condiciones normales?. Lo exigible sería, en cualquier caso –y como parte del concepto de seguridad en el regreso–, el que se garantizaran las “elementales condiciones de vida para la reinserción de los desplazados”.

Por lo que respecta a un mayor nivel de calidad de vida, ¿no serían cualidades que interesa formen parte del programa de reinserción y reconstrucción del país en el que participarán Estados de acogida y de origen⁵⁸?

En este contexto, resulta interesante subrayar la diferencia entre el contenido de un “regreso seguro y duradero”, objeto de este epígrafe, y las características de un *programa de reintegración y reconstrucción* del país de origen. Una decisión de cesación como la del artículo 6.1.b de la Directiva puede tener como resultado la repatriación de los desplazados y, con ella, la puesta en marcha de todo un dispositivo de seguimiento y observación (*monitoring*), del

57. Por el contrario, el profesor Walter Kälin considera que tanto la seguridad legal, física como la material son necesarias e interdependientes del concepto de “regreso seguro y duradero”. KÄLIN, W. «Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism», *op. cit.*, p. 22.

58. Efectivamente, la seguridad material requiere necesariamente, la participación de la comunidad internacional; resulta por tanto, una responsabilidad compartida por Estados de origen y de acogida. Recuérdese, en este sentido, cómo la Comisión, en su Exposición de Motivos de la *Propuesta de Acción Común de 1997*, consideraba que proporcionar asistencia y alojamiento a fin de satisfacer las necesidades básicas de los retornados y facilitar su reinserción podía ser un elemento necesario (en el marco del concepto de regreso seguro y duradero), que, a menudo, requeriría ayuda internacional. Para ello, aconsejaba que los países de origen y la Unión Europea celebraran acuerdos, en cooperación con ACNUR. *Propuesta de Acción Común de 1997*, para. 19, p. 7 y 8.

En los Acuerdos de Paz de Dayton, conseguir ese adecuado marco para el regreso resultaba una obligación para las Partes (la República de Bosnia y Herzegovina; la República de Croacia y la República Federal de Yugoslavia): “The Parties undertake to create in their territories the political, economic, and social conditions conducive to the voluntary return and harmonious reintegration of refugees and displaced persons (...)”. Dayton Peace Agreement, anexo 7, artículo II.1.

Por lo que respecta a la crisis humanitaria en Kosovo, a través de la acción concertada entre la OTAN y la operación de *peace keeping and nation building* de la comunidad internacional se pretendió conseguir la restauración de las condiciones de seguridad para el retorno de los exiliados.

En ese sentido, la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de la ONU, (10 de junio de 1999), en su párrafo 13: “(...) alienta a los Estados miembros y a las organizaciones internacionales a que contribuyan a la reconstrucción económica y social lo mismo que al regreso seguro de los refugiados y las personas desplazadas, y subraya en ese sentido la importancia de convocar lo antes posible una conferencia de donantes (...)”.

Resulta significativa la diferenciación que establece entre reconstrucción económica y social y regreso seguro. Por el tenor de la resolución no parecen formar parte de un mismo concepto. Es posible que únicamente atienda a las aspectos de seguridad física y jurídica.

programa, a menudo, enmarcada en procesos de paz. Pero no siempre el retorno es la consecuencia de la decisión de interrupción de la protección (como será analizado en el siguiente capítulo); por tanto, las cualidades o exigencias de esta repatriación o proceso de reintegración no han de formar parte del propio contenido del concepto de “regreso seguro y duradero” que estamos analizando, se trata de una etapa posterior⁵⁹.

Dada la vaguedad de la materia, algunos especialistas han considerado que una forma de garantizar que el regreso cumple con las condiciones necesarias, sería conseguir el *acuerdo de los desplazados*. Sin embargo, como dijera ACNUR: «the corollary of *non refoulement* is not voluntary return but safety of return»⁶⁰

59. Sin duda, uno de los artículos más interesantes y profundos sobre Protección Temporal en Europa, es el del profesor KÄLIN, relator igualmente, de los *Reports y Drafts Guidelines* de ILA sobre Protección Temporal. Pocos profesores han sabido analizar con maestría y rigurosidad una materia que tanto se presta al simple comentario político o técnico. Sin embargo, consideramos que su análisis del sistema de cesación del régimen, en concreto del concepto de “regreso seguro y duradero”, puede resultar, a menudo, confuso dada la tendencia a mezclar en su discurso el fundamento de la cesación (posible contenido del “regreso seguro y duradero”), con las medidas subsiguientes o posteriores a la cesación. La confusión se evidencia cuando enumera los que considera, las cinco dimensiones del concepto: *Right to return; safety; material security or assistance; non-discrimination and respect for other fundamental human rights; and monitoring*. Ésta última forma parte de los posibles programas de repatriación, como el mismo autor reconoce. No parece apropiado considerarlo un elemento del concepto que, supuestamente, el Consejo hubiera de tomar en consideración con carácter previo a la adopción de la decisión final. Más bien formaría parte de las medidas subsiguientes al regreso.

La base de tal análisis se encuentra, con toda probabilidad, en los propios trabajos de la Comisión. En la exposición de Motivos de la *Propuesta de Acción Común de 1997*, también se incluía, entre los requisitos mínimos del concepto de regreso seguro y duradero, *un sistema eficaz de seguimiento del proceso de reinserción mediante la creación y el funcionamiento de mecanismos nacionales e internacionales que protejan los derechos humanos de las personas repatriadas*. *Propuesta de Acción Común de 1997*, para. 19, p. 7.

60. Resulta de interés reproducir el párrafo entero de la discusión:

“Should the principle of voluntariness continue to be cardinal in this type of situation, or does the existence of safe conditions diminish the need for the freely expressed wish of the individual refugee?. Some of us argue that voluntary repatriation as a corollary to *non refoulement* remains valid as long as refugee status continues, and that there can be no modification to this position. Others among us feel that the corollary of *non refoulement* is not voluntary return but safety of return, and therefore, the issue at stake is the extend to which conditions in the country of origins are safe for return rather than the willingness of refugees to return”. ACNUR. Working Group on International Protection, 6 de julio de 1992, para. 83-84.

Respecto a las condiciones del regreso de los “refugiados”, el problema de contar con la anuencia de los mismos como requisito *sine qua non* ha sido objeto de una viva discusión doctrinal (pueden consultarse, *inter alia*, argumentos a favor y en contra en las siguientes obras: en contra: HATHAWAY, J.C. «The meaning of repatriation», *IJRL*, vol. 9, nº 4, 1997, p. 555; a favor: GIBNEY, M.J. «Between control and humanitarianism: temporary protection in contemporary Europe», *op. cit.*, 2000, pp. 700 y 707; Gallagher, uno de los participantes en el Workshop on Refugee Return, celebrado los días 13 y 14 de febrero de 1998 y donde el problema de la voluntariedad centró mucho de los debates: BAYEFSKY, A.; DOYLE, M. W. *Emergency Return. Principles and Guidelines*, *op. cit.*, p. 21).

Es posible jurídicamente, por tanto, el retorno de los desplazados en contra de su voluntad siempre y cuando se cumpla con las obligaciones internacionales al respecto. Éstas constituirían el llamado límite inferior del concepto de “regreso seguro y duradero”.

La indeterminación del contenido del concepto de “regreso seguro y duradero” aumenta si tenemos en cuenta que son condiciones que han de conseguirse con antelación a la expiración del régimen de Protección Temporal. Es decir, para poder utilizar el artículo 6.2 como medio de finalización del dispositivo, los requisitos de seguridad en el retorno se han de producir con anterioridad al transcurso de los tres años de duración máxima; de lo contrario, no tendría sentido interrumpir una protección que se va a extinguir por sí misma, en breve. La importancia de los requisitos que acompañan al concepto de regreso seguro y duradero y el escaso margen temporal de actuación nos inducen a pensar que los cambios podrán ser aún incipientes.

Por tanto, los cambios verificables en el país de origen aunque debieran ser estables y duraderos (no cabría tomar en consideración cambios de carácter provisional), no podrán cumplir con el requisito de la *consolidación* en el tiempo, condición propia de la cláusula de cesación de Ginebra y que entraña mayor perdurabilidad. Ésta resulta una de las mayores diferencias entre los requisitos exigidos para la cesación del estatuto de refugiado y aquellos referidos a la acogida temporal⁶¹.

Es muy importante resaltar el vínculo al que se aludía al comienzo del epígrafe, entre la fundamentación de la activación del régimen de Protección temporal y su cesación. Cabe esperar que en función de las causas que originaron el desplazamiento se ponga el acento en una u otra cualidad de la seguridad. En atención a los motivos que provocaron la huida, se podrá exigir unos cambios en el país de origen, más que otros. La práctica estatal resulta relevante, en este sentido.

Así, en el caso de la crisis humanitaria en la antigua Yugoslavia, la Alta Comisionada recomendó tener en cuenta tres requisitos para la finalización de la Protección Temporal y el regreso de los desplazados:

Sin embargo, en el caso de los desplazados en afluencia masiva, acogidos en modelos de protección temporal, no parece tan difícil admitir las posibilidades de un retorno no voluntario. Así, autores como la profesora Fitzpatrick consideran que la voluntariedad supondría mayores garantías de seguridad y sostenibilidad del regreso, pero reconocen que su ausencia no ilegalizaría un retorno de estas características. FITZPATRICK, J. «The end of protection: legal standards for cessation of refugee status and withdrawal of temporary protection», *op. cit.*, p. 344. También: ZIECK, M. *UNHCR and Voluntary Repatriation of Refugees. A legal Analysis*. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1997.

61. Para la cesación del estatuto de refugiado se requiere el llamado *long term process*, en cambio para la repatriación voluntaria basta el *general improvement*. *Vid.* TAKAHASHI, S. «The UNHCR Handbook on Voluntary Repatriation: The Emphasis of Return over Protection», en *IJRL*, vol. 9, nº 4, 1997, p. 602.

La Directiva europea se mueve más en ésta última línea.

“But I must stress that the lifting of temporary protection, like the granting of it, must be humanitarian both in its objectives and in its implementation. Rather than setting a date now, I think that it would be helpful and more appropriate to agree on a number of clear benchmarks. As such we have proposed in Annex II of the Conference document *the full implementation of the military provisions of the Peace Agreement, the proclamation of a comprehensive amnesty, and the establishment of the local human rights structures and international monitoring mechanisms envisioned in the Peace Agreement*. These constitute in our view minimum conditions. (...) If the peace process proceeds according to schedule, temporary protection would be lifted before the holding of elections, which should take place between mid-June and mid- September”⁶².

ACNUR fijaba, de este modo, tres parámetros de control que podrían garantizar el regreso seguro de los exiliados.

En primer lugar, se refiere al desarrollo de las disposiciones del Acuerdo de Paz. Ello conduciría a la aplicación de los acuerdos sobre aspectos militares (anexos 1, A y B); la celebración de elecciones (anexo 3), sobre la Constitución para Bosnia-Herzegovina (anexo 4); así como todo lo relativo a la reconstrucción civil (anexos 8, 9 y 10), y las funciones de *la Police Task Force* (anexo 11).

En segundo lugar, recomendaba la adopción de leyes de amnistía (dispuesto igualmente en los Acuerdos de Paz, artículo VI del anexo 7, dedicado a los Refugiados y Personas Desplazadas).

Por último, se hace referencia a la construcción de una adecuada estructura que proporcione las necesarias garantías normativas y jurisdiccionales, en torno a la protección de los derechos fundamentales (los Acuerdos de Paz dedican los anexos 5 a 9 a este cometido⁶³).

Sin embargo, es necesario recordar –con objeto de probar la dificultad para establecer unos parámetros de garantía– los inconvenientes en derredor del regreso de los desplazados a Bosnia-Herzegovina. La tendencia hacia la democracia y la consolidación del proceso de paz se veía salpicada por una continua inseguridad en algunas áreas y la intención de algunas Administraciones nacionalistas basadas en divisiones étnicas, de proceder a una separación forzada. A pesar de la inseguridad y la precariedad de los resultados del

62. OGATA, S. *Statement by Mrs. Sadako Ogata, United Nations High Commissioner for Refugees, at the Humanitarian Issues Working Group of the International Conference on Former Yugoslavia*. Ginebra, 16 enero 1996. La cursiva es de la autora.

63. Respecto a las garantías normativas resulta fundamental el anexo 6 (*Agreement on Human Rights*), en el que se pretende asegurar a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, las obligaciones internacionales en el marco del CEDH, sus Protocolos y otros tratados internacionales (apéndice del anexo 6). Por lo que respecta a las garantías jurisdiccionales se instituyen una serie de organismos que vendrían a preservar estas obligaciones (*Commission on Human Rights*, con su *Ombudsman* y la *Human Rights Chamber*, así como la *Commission for Displaced Persons and Refugees* y el *Human Right Coordination Center*).

proceso de paz, más de mil bosnios fueron deportados a sus lugares de origen⁶⁴.

Todo ello nos conduce a la relatividad del contenido del concepto y a la ausencia de estándares jurídicos vinculantes dejando a salvo las obligaciones jurídicas al respecto y que se convierten en las garantías que van a rodear una toma de decisión de características tan particulares.

3. GARANTÍAS QUE HAN DE RODEAR LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO POR PARTE DEL CONSEJO EN CADA CASO: EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES; Y LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN.

Una decisión como la de interrupción de la protección temporal que, con toda probabilidad (ya se verán las excepciones en el capítulo siguiente), va a conducir al regreso de estas personas a su país de origen, ha de ser compatible, en primer lugar, con el *principio de non refoulement* y, estando en el marco de la Europa comunitaria, con el artículo 3 del CEDH, así como con la tradición constitucional de los Estados europeos. No en vano el propio artículo 6.2 finaliza aludiendo a estas obligaciones jurídicas. Y, en segundo término, la decisión del Consejo habrá de ser compatible con los derechos humanos y libertades fundamentales, de acuerdo con los principios constitucionales nacionales y del CEDH, y del Derecho internacional.

De esta forma, el Consejo tomará la decisión de dar por finalizada la Protección Temporal *respetando debidamente los derechos humanos y las*

64. Esta es una de las conclusiones finales de los profesores Black, Koser y Walsh en su estudio sobre las condiciones del retorno de las personas desplazadas en la UE. El análisis se centra en las características del retorno efectuado hacia Bosnia-Herzegovina desde la perspectiva del país de origen y de los países de acogida (en especial, Austria, Alemania y Holanda), y entrando en comparación con otros dos casos contemporáneos de retorno: Eritrea (1993) y Sri Lanka (1994). *Conditions for the Return of Displaced Persons from the European Union*, Final Report, 10 november 1997, Sussex Centre for Migration Research, Centre for the Comparative Study of Culture, Development and Environment (CDE), University of Sussex, para. 238, p. 71. También de los mismos autores: «Temporary Protection and Assisted return of refugees from the European Union», en *IJRL*, vol. 10, nº 3, 1998, pp. 444-461.

El profesor Bagshaw es extremadamente crítico con los resultados de los Acuerdos de Paz. No cree que se lograran resultados en ninguno de los tres parámetros establecidos por ACNUR. Es más, subraya cómo el 13 de junio de 1996 el Alto Representante consideraba inapropiado poner fin a la protección temporal (Office of the High Representative, *Contents of the Implementation of the HR Provision of the peace Agreement*), sin embargo, el 19 de septiembre de 1996, (cinco días antes de las elecciones en Bosnia Herzegovina), Alemania proclamaba el comienzo de la repatriación de los desplazados. *Vid.* BAGSHAW, S. «Benchmarks or Deutschmarks?. Determining the criteria for the Repatriation of Refugees to Bosnia and Herzegovina», en *IJRL*, vol. 9, nº 4, pp. 566-592.

En el mismo sentido crítico, en especial en lo que respecta a la imposibilidad de acabar con la limpieza étnica., *Vid.* COX, M. «The right to return home: International Intervention and Ethnic Cleansing in Bosnia and Herzegovina», *op. cit.*, pp. 598-631.

libertades fundamentales y cumpliendo con sus obligaciones en materia de no devolución (artículo 6 *in fine*)⁶⁵. La resolución del Consejo ha de ser compatible con los derechos humanos y las libertades fundamentales y, en la medida en que el sistema está enfocado al regreso, también habrá de respetar el principio de *non refoulement*.

La decisión de dar por finalizada la Protección Temporal ha de estar rodeada de las necesarias garantías, habida cuenta de las importantes consecuencias que para los beneficiarios supone la cesación del régimen de protección que venían disfrutando.

El artículo 6.2 de la Directiva viene a ratificar, de manera tajante, las obligaciones de los Estados miembros con este principio ampliado (artículo 31 de Ginebra unido al artículo 3 CEDH). Aquellas personas protegidas en nuestras fronteras no podrían ser devueltas al país del que huyeron si no se garantiza que no correrán los peligros de Ginebra, esto es, lo que contempla el artículo 33 de la Convención de 1951 (recuérdese que es un principio aplicable tanto a los refugiados reconocidos como a los solicitantes de asilo), así como los del artículo 3 del CEDH y la Convención contra la Tortura.

En cualquier caso, la figura del “regreso seguro y duradero” va más allá del principio de *non refoulement*⁶⁶; los comentarios de la Comisión y los propios trabajos de ACNUR al respecto así lo atestiguan. Si la intención de los Estados hubiera sido circunscribirse a las mínimas obligaciones internacionales hubiera sobrado la alusión a un concepto de tantos matices. La referencia al principio de no devolución hubiera sido suficiente. Sin embargo, la Directiva opta por ir más allá, lo que no quiere decir que no sea imprescindible establecer una clara delimitación entre lo que forma parte de las normas vinculantes y lo que forma parte de una figura aún *in fieri*. Probablemente, la intención sea que la decisión del “regreso seguro y duradero” se adopte habiendo evaluado todas esas circunstancias, pero ello no equivale a hacer ilegal una eventual decisión que no respete todos y cada uno de los elementos aludidos.

Por lo demás, habría que recordar, como garantía, *el derecho de los desplazados a solicitar el estatuto de refugiados* –si es ese su deseo–, con carácter

65. La redacción final de la Directiva elige resaltar las obligaciones jurídicas en perjuicio de la cita de la fuente misma, opción preferida por su antecedente inmediato. Efectivamente, la *Propuesta de Directiva de 2000*, en su artículo 6, finalizaba concretando que la decisión del Consejo debía producirse: *en cumplimiento del artículo 33 de la Convención de Ginebra y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en clara alusión al principio de *non refoulement* y al Tratado europeo sobre derechos humanos por antonomasia.

Finalmente, el texto vigente, más riguroso quizás, opta por una definición más general de las obligaciones jurídicas que, aunque pueden tener como fuente principal las aludidas no es óbice para la inclusión de otras, siempre que sean de obligado cumplimiento para el colectivo de Estados implicados.

66. KÄLIN, W. ‘Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism’, *op. cit.*, p. 229.

previo a la puesta en marcha del retorno; siempre y cuando este derecho hubiera quedado suspendido durante el periodo de acogida.

Efectivamente, a pesar de que en virtud del artículo 17 de la Directiva, las personas acogidas a la Protección Temporal pueden presentar una solicitud de asilo en cualquier momento, el apartado segundo permite la suspensión de su estudio hasta momentos antes de que finalice el dispositivo. En ese caso, una de las garantías del procedimiento de cesación de la Protección Temporal podría ser dar curso legal a las solicitudes de asilo con objeto de no violar un derecho que, de otra forma, podría poner en cuestión todo el sistema.

Por otro lado, garantizar el acceso a la determinación del estatuto de refugiado, con carácter previo a la cesación del dispositivo, pondría a salvo el hecho de que el concepto de “regreso seguro y duradero” no siga el estricto procedimiento que cabría esperar de la cláusula de cesación de Ginebra; de esta forma, si entre los desplazados hubiera potenciales refugiados, esta posibilidad no vulneraría sus derechos⁶⁷.

4. UNA REFLEXIÓN FINAL: LA NECESIDAD DEL CONSENSO.

A results de cuanto antecede, y retomando la reflexión anterior a modo de criterios orientadores –en ausencia de instrumentos jurídicos que pudieran suplir la labor interpretadora y en aras de reducir el amplio margen de manobra que observa el Consejo–, quizás hubiera sido recomendable prever, en la norma, mayor *diálogo en general*. Al igual que para la iniciación del régimen se precisaban informes de las instituciones más diversas (artículo 5.3 y 4 de la Directiva), a la hora de darlo por terminado, más voces son garantía de objetividad.

En 1966 el profesor Grahl-Madsen observaba cómo la ausencia de relaciones diplomáticas o consulares entre el país de acogida y el de origen no hacía viable renovar la protección debida a los nacionales y, por tanto, aplicable la cláusula de cesación por parte del Estado de acogida. Esto conecta con la última observación realizada, en este contexto, en las Consultas Globales, según la cual, se debería prestar especial atención a garantizar que la cesación sólo se inicie *tras consultas plenas y un diálogo abierto con todas las*

67. En las recientes *Guidelines on International Protection* –en las que ACNUR examina las cláusulas de cesación–, en el breve apartado dedicado a “cessation and mass influx”, el Alto Comisionado se centra especialmente en este requisito: “(...) Decisions by States to withdraw temporary protection should therefore be preceded by a thorough evaluation for the changes in the country of origin. Such decision should also be accompanied by an opportunity for this unwilling to return and requesting international protection to have access to an asylum procedure (...)”. *The cessation Clauses: Guidelines on their Application* (Geneva, april 1999) ha sido recientemente reemplazado por *Guidelines on International Protection. Cessation of Refugee Status under article 1 C (5) y (6) of the 1951 Convention relating to the status of Refugees (the “Ceased Circumstances” Clauses)*, HCR/GIP/03/03, de 10 de febrero de 2003, para. 24, p. 7.

*partes afectadas*⁶⁸. Lo mismo es aconsejable para el sistema de Protección Temporal.

La mejor garantía del *safe return* se encuentra en el *consenso* entre todas las partes implicadas: Estados de acogida (consenso garantizado por esta Directiva, que les obliga a adoptar una decisión conjunta, lo cual evita decisiones unilaterales divergentes⁶⁹); Estados de origen (la relación entre los Asuntos de interior y la Política Exterior y de Seguridad Común se harán evidentes en este terreno); ACNUR (que dispone de la información y experiencia en la materia)⁷⁰; y los beneficiarios (aunque su negativa no sea determinante).

5. SÍNTESIS

En suma, pues, el contenido, perímetro y fisiología del concepto de regreso seguro y duradero se sintetiza en las siguientes notas:

–Se trata de un concepto *fiduciario* y *dependiente* de las circunstancias determinantes de la activación del régimen de protección temporal (artículo 2.c), tal y como fuera inicialmente apreciado por el Consejo (artículo 5 5). En otras palabras, necesariamente, ha de producirse un cambio en esas circunstancias: si determinados hechos motivaron el inicio del sistema de protección, sólo su ulterior modificación podrá justificar el cese. Aun cuando pudiera discutirse si los conceptos de inicio y cesación resultan coextensos (es decir, que son exactamente las dos caras de una misma moneda y que, por tanto, han de cambiar todas y cada una de las circunstancias que determinaron su puesta en marcha), no cabe duda, sin embargo, de que ha de producirse un

68. ATLE GRAHL-MADSEN. *The Status of Refugee in International Law*. *op. cit.*, p. 405.

ACNUR. *Consultas Globales, La cesación de la condición de refugiado*. para. 28, p.6. La cursiva es de la autora.

69. No ha de olvidarse cómo Alemania, tras acoger a un número desproporcionado de bosnios, inició el regreso de los mismos cuando el resto de países europeos, así como ACNUR, habían declinado tal decisión a la vista de que no se habían producido las condiciones oportunas para ello. La Directiva de Protección Temporal pondrá fin a estas desigualdades, siempre que el Consejo acepte acoger a los desplazados en cuestión. En general, el capítulo II tiene la virtud de arrojar cierta luz sobre un concepto indeterminado y controvertido; por otro lado, al determinarse el regreso seguro y duradero a través de una decisión conjunta se evitan respuestas dispares y con ello se obtienen mayores garantías de acierto. No se olvide además, que el procedimiento se inicia a propuesta de la Comisión; no se trata de una decisión unilateral del Consejo que no acepte más lecturas.

70. En general, doctrina y organizaciones han venido a reclamar alguna forma de objetivar la decisión del Consejo con la participación exterior. Así, algunos participantes en el Simposium "Workshop on Temporary Protection: Comparative Policies and Practices" recomendaron que los países de acogida consultaran con un "International body" para determinar las condiciones de la vuelta a casa. YAKOUB, N. "Report on the workshop on temporary protection; comparative policies and practices", *op. cit.*, p. 624.

También ECRE recomendaba la consulta a un *impartial human rights assesment*. ECRE. "Position of the European Council of Refugees and Exiles...", *op. cit.*, p. 535.

cambio sustancial y relevante, por lo demás contrastable en cuanto hechos determinantes o sustrato fáctico de una decisión que resulta permeable al control o fiscalización externa.

–Es, pues, un concepto *relativo*: no ya sólo porque deba aplicarse a cada tiempo y lugar, sino, ante todo, porque depende de las concretas y singulares circunstancias que determinaron la activación del régimen, y de las que deberá responder.

–Ello supone que no tiene un contenido *absoluto*, delimitable *a priori* y de una vez por todas, y aplicable en toda circunstancia.

–Resulta imprescindible establecer una clara relación entre el contenido mínimo del concepto de “regreso seguro y duradero” para que sea compatible con las obligaciones internacionales y las condiciones que deben observar los “programas de reintegración y reconstrucción”, pieza de apoyo ineludible.

–Es un concepto que va más allá de la mera obligación de no devolución, la cual resulta además una de sus garantías. La decisión del Consejo, la aplicación del concepto a cada caso, está rodeada de unas garantías, en rigor externas al concepto mismo. Así, el principio de no devolución, que habrá de ser observado siempre y en todo caso, y el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como el acceso al derecho de asilo.

3. CAUSA SUBSIDIARIA O ÚLTIMA DE CESACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL COMUNITARIA: LA EXPIRACIÓN. EL TRANCURSO DEL PLAZO MÁXIMO PREVISTO DE PROTECCIÓN.

Según el artículo 6, se pondrá fin a la protección temporal, *cuando se haya llegado al término del plazo máximo de duración*⁷¹.

A. DURACIÓN DETERMINADA PARA EL DISPOSITIVO DE PROTECCIÓN TEMPORAL.

La duración que la Directiva prevé para el régimen de Protección Temporal viene definida en el artículo 4 de la misma, según el cual:

“1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 6, la duración de la protección temporal 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 6 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 de que presente una propuesta al Consejo, prorrogar dicha protección temporal durante un año como máximo”.

71. Artículo 6.1 de la Directiva.

Atendiendo a los términos de la Directiva, la Protección Temporal en Europa tendría una duración mínima de un año –a falta de decisión del Consejo en contra–, y una máxima de tres años. En realidad, podemos distinguir tres periodos:

El primer periodo comprendería el *primer año de duración*.

Este intervalo está sujeto a las condiciones del artículo 6: si se produce la decisión del Consejo de interrupción de la protección a la que alude dicha disposición, el primer periodo podría tener una duración más breve. Por tanto, la duración mínima de toda protección temporal será de un año salvo los casos en que el Consejo decida interrumpirla con anterioridad, siempre que se den las condiciones del artículo 6 que veremos más tarde. La duración mínima en cada caso puede ser diferente, no así los momentos procesales en que ha de procederse a las prórrogas o a la evaluación de la situación por el Consejo.

El segundo periodo se refiere a la *prórroga automática*:

Transcurrido el primer año de protección, se prevén dos prórrogas de 6 meses cada una. La prórroga automática no puede ser superior a un año y requiere una condición para su utilización, que no se haya adoptado una decisión en el seno del Consejo para poner fin a la Protección Temporal (artículo 6.1.b). Es el silencio del Consejo el que permite que la prórroga sea automática.

El tercer periodo se refiere a la *prórroga expresa o deliberada*:

Transcurridos los dos años anteriores se prevé una prórroga más de un año de duración máxima. En este caso, se estipulan dos condiciones para su ejercicio. La primera condición es de fondo: que persistan los motivos que obligaron a la activación de la Protección Temporal (aquel o aquellos descritos en el artículo 2.c. de la Directiva); y la segunda condición es de forma: para que la prórroga sea efectiva resulta imprescindible que siga el mismo procedimiento prescrito para la iniciación del proceso, esto es, que haya una decisión del Consejo aprobada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que estudiará también cualquier solicitud de iniciación de un Estado miembro.

Todo ello parece sugerir que la duración máxima ordinaria pudiera ser de dos años, pues una prórroga adicional requerirá de condiciones substantivas y de los mayores apoyos en la institución decisoria. Al tratarse de una prórroga tan excepcional, resulta llamativo que no se marquen contenidos concretos, ni una fundamentación mínima para la decisión; ni siquiera se abre un periodo de consultas con otras organizaciones; requisitos todos previstos, en cambio, para la decisión inicial de activación (artículo 5.3 y 4 de la Directiva).

Si analizamos los instrumentos jurídicos sobre protección temporal anteriores a la Directiva, podemos concluir que la fijación de un periodo de *tres años* como límite máximo resulta una opción de compromiso entre las primeras normas que estipulaban un límite de cinco años –en concreto, la *Propuesta de Acción Común* de 1998–, y el antecedente directo de la actual Directiva

–artículo 4 de la *Propuesta de Directiva de 2000*–, que optaba por dos años de duración final; excepción hecha de las dispares soluciones nacionales⁷².

El excesivo lapso inicial había sido objeto de reservas o dudas por parte de varios Estados miembros, así como por las más importantes organizaciones vinculadas al tema, las cuales coincidían en que una protección interina como la que ofrecía la Directiva no podía prolongarse más de dos años⁷³.

Con objeto de superar la discrepancia o la controversia suscitada, la Comisión formula una nueva propuesta con un límite máximo de dos años; plazo que considera razonable y práctico⁷⁴.

A *sensu contrario*, órganos comunitarios como el Comité Económico y Social, en su dictamen sobre la Directiva, mostraban su *perplejidad* por el breve lapso de tiempo durante el que consideran *sumamente difícil* que se produzcan los cambios necesarios en el país de origen para el retorno seguro de las personas desplazadas⁷⁵.

72. La *Propuesta de Acción Común* precisaba, en su artículo 3, que la duración de la protección no podía ser superior a cinco años. Durante ese periodo se creaba un sistema de revisión del régimen de protección temporal (artículo 4), competencia de la Comisión. Esta institución debía presentar un informe a petición del Consejo (y en todo caso anualmente) sobre tres cuestiones principales: la situación en el país de origen; la aplicación del régimen de protección temporal por los Estados miembros; y las consecuencias financieras del mismo. De ello debía informar también al PE. Atendiendo a este informe, el Consejo podría revisar la decisión modificando su duración, los beneficiarios o ambos elementos; o bien, suprimir gradualmente el régimen y repatriar a los afectados siempre que el retorno fuera seguro. Si esta decisión no se adoptaba, en todo caso, la protección no podía prolongarse más allá de cinco años. Este procedimiento de revisión a cargo de la Comisión, ha desaparecido con posterioridad.

El periodo de duración de los regímenes de protección temporal nacionales podía abarcar desde los dos años máximo danés, al indefinido *Duldung* alemán. KOSER, K., BLACK, R. «Limits to the Harmonization: The “Temporary Protection” of Refugees in the European Union», *op. cit.*, p. 536.

73. *Vid. inter alia*, ECRE. *Position of the European Council on Refugees and Exiles on Temporary Protection in the Context of the Need for a Supplementary Refugee Definition* (marzo 1997), para. 17. *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing*, (enero de 2001), comentario al artículo 4. *Information Note on the Council Directive 2001/55/EC, of 20 July 2001, on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, (1 de septiembre de 2001). Este último informe se refiere ya a la Directiva vigente y aunque sigue confiando en que el mejor periodo es el dos años, le parece positivo que se siga optando por un lapso corto de duración.

JUSTICE. *Proposal for a Council Directive on minimum standards for temporary protection in the event of a mass influx and on measures promoting a balance of efforts between member state in receiving such persons*, para. 9.

HUMAN RIGHTS LAWYER. *Apud*, JOLY, D. «Temporary Protection within the framework of a new European Asylum regime», *op. cit.*, p. 59.

También la Doctrina, *inter alia*, GORTAZAR ROTAECHE, C. «La Protección Subsidiaria como concepto diferente a la Protección Temporal. Hacia un Derecho Comunitario Europeo en la materia», *op. cit.*, p. 243.

74. *Propuesta de Directiva de 2000*, Exposición de Motivos, para. 5.4.

75. El dictamen dice literalmente: “El CES manifiesta su perplejidad por la duración de (...) la

Y es que la fijación del curso de duración del régimen de Protección Temporal no es cuestión baladí. Más bien al contrario, supone importantes consecuencias para todos los actores implicados –ya sean Estados miembros o Estados de origen, instituciones comunitarias o los beneficiarios de la acogida–, y para la propia coherencia del sistema, y su desarrollo ulterior.

Desde el momento en que la Protección Temporal apuesta por la vuelta a casa como la mejor solución duradera, se nos muestra ligada necesariamente a los acontecimientos producidos en la zona en conflicto. Resulta lógico, pues, ofrecer un periodo de protección que permita que se produzcan los cambios substantivos que asegurarían un regreso en condiciones seguras.

Sin embargo, el dispositivo de Protección Temporal admite la posibilidad de suspender el procedimiento de determinación de asilo, por lo que no se considera recomendable que una garantía como ésta se demore mucho en el tiempo. Dicho modelo de acogida podría servir de excusa para eludir obligaciones internacionales y no parece que sea esa la intención de la Comunidad. En este caso, resulta imprescindible un periodo corto de duración.

Pero, sobre todo, hemos de valorar el *coste humano de la temporalidad*. Esta situación interina que se debate entre la integración y el regreso puede causar, a mayor tiempo de provisionalidad, peores consecuencias en el equilibrio psicológico de los desplazados y en sus posibilidades generales de realización como seres humanos. Existe un reconocimiento de la “necesidad de estabilidad” del desplazado –lo que ACNUR denominó respecto a los refugiados “sentimiento de seguridad”–, y en ello se fundamenta la exigencia de poner término preciso y perentorio a la protección⁷⁶.

Consideramos que, en todo caso, ha de tratarse de un lapso breve de tiempo. Quizás la propuesta inicial de dos años hubiera resultado suficiente de

protección (...). Teniendo en cuenta que las personas desplazadas proceden de zonas de guerra, de conflicto o de países con regímenes que ponen en peligro su vida, su integridad personal o su dignidad humana, es sumamente difícil que dichas situaciones cambien en poco tiempo, de forma que pueda permitir un regreso en condiciones seguras y dignas” (...). COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva*, para. 2.13.

El profesor Brekke describe la diversidad de opciones en torno al lapso de duración de la protección temporal según nos situemos en la que él llama “perspectiva del control” o “perspectiva humanitaria”. Ilustra ambas opciones refiriéndose al debate suscitado en Noruega cuando se discutía el Libro Blanco referente a la Protección Temporal. El Ministerio de Trabajo propuso una duración de cinco años, considerada la mínima necesaria para conseguir el proceso de normalización imprescindible para el regreso de los desplazados. En cambio, el Ministerio de Justicia, se mostró más preocupado por los efectos de la temporalidad en los refugiados, optando por un periodo más corto de tres años. Finalmente, se llegó al compromiso de fijar cuatro años, opción que posteriormente parecía no satisfacer ninguna de las perspectivas anteriores. BREKKE, J.P. ‘The Dilemmas of Temporary Protection-The Norwegian Experience’, *op. cit.*, pp. 10-11.

76. GIBNEY, M. J. ‘Between control and humanitarianism: temporary protection in contemporary Europe’, *op. cit.*, p. 699.

ACNUR. *Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, Ginebra, 1992, para. 135, p. 34.

cara a la eficacia del dispositivo y su incidencia en la vida de los desplazados. De cualquier forma, las garantías procesales añadidas a la prórroga expresa o deliberada la envuelven del necesario apoyo institucional que requeriría una medida de este tipo (dejando a salvo la necesaria motivación y fundamentación que no se prevé para la decisión). Y a pesar del silencio respecto a la consulta con las organizaciones sobre el terreno, –*v.gr.*, ACNUR–, nada impide que así se produzca y, atendiendo al tenor del artículo 3.3 de la Directiva, es de esperar que así sea.

B. EXPIRACIÓN DEL RÉGIMEN: LA CAUSA SUBSIDIARIA DE CESACIÓN.

Cumplidos los tres años –límite máximo que estable la norma–, se pone fin a la Protección Temporal de forma automática (artículo 6.1 de la Directiva). A partir de ese momento finalizan los permisos de residencia y con ellos el resto de derechos adquiridos, salvo que, en virtud de otras normas (*v.gr.*, artículos 20, 21.3 ó 23 de la Directiva), puedan prorrogarse⁷⁷.

Esta forma de cesación del régimen adquiere un carácter objetivo y automático desde el momento en que sólo atiende a razones temporales; su *leit motiv* es el transcurso del plazo previsto de duración sin más, lo cual pudiera parecer un contrasentido a sabiendas de las razones que ponen en marcha el dispositivo. Un régimen que se inicia tras la constatación de una afluencia masiva merecedora de la protección internacional parece demandar cierto análisis de ese presupuesto de hecho antes de dar por finalizado el dispositivo y no contabilizar meramente el curso del tiempo.

Sin embargo, transcurrido el plazo de duración máximo se pone fin al vínculo existente a lo largo del procedimiento con las circunstancias del país de origen, pues esta decisión se adoptará independientemente de que las causas que provocaron el exilio hubieran o no desaparecido. De esta forma, *la expiración no está sujeta a condiciones substantivas ni tampoco procedimentales concretas* (no se fija un contenido mínimo para la decisión ni tampoco

77. El artículo 24 del *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal* añade otros motivos: "1. Los beneficios de la protección temporal cesarán de forma automática en los siguientes casos: a) por el transcurso del plazo establecido en el artículo 7.1; b) cuando el beneficiario de la protección temporal haya obtenido la nacionalidad española; c) cuando voluntariamente decida el beneficiario la protección temporal regresar a su lugar de procedencia y así lo manifieste de forma expresa ante la autoridad gubernativa correspondiente; d) por renuncia expresa del beneficiario; e) cuando se efectúe el traslado del beneficiario al territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21.4. 2. El Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, declarará cesados los beneficios de la protección temporal por renuncia tácita del beneficiario. Se considerará que se ha producido una renuncia tácita cuando el interesado, tras haber sido requerida su comparecencia ante la autoridad competente para la realización de un trámite indispensable, no se persone en el plazo de 45 días desde que se practicó el requerimiento, salvo que se acredite que la comparecencia fue debida a causa justificada".

co una fundamentación más allá de haber transcurrido el citado plazo de tiempo). A diferencia de lo que ocurre con la cesación del artículo 6.2, ésta ha de tener un punto final, sin más requisitos, en coherencia con su carácter excepcional y provisional.

Efectivamente, a pesar de que esta falta de atención al presupuesto de hecho ha podido verse como una incongruencia del sistema, hemos de atender a su carácter temporal y a que existen otras medidas de protección, alternativas o subsidiarias, en el plano comunitario y nacional, si éstas fueran necesarias. La cesación, de este modo, resulta coherente con el carácter subsidiario y provisional del dispositivo de Protección Temporal. En definitiva, la protección ha de tener un término (ya se han demostrado los efectos perversos de la interinidad indefinida en los desplazados), puesto que no será la única respuesta ante la continuidad de los peligros en el país de origen.

No obstante, las consecuencias para los beneficiarios de una expiración que coincida con la finalización de las causas que originaron el desplazamiento masivo no serán las mismas que aquella que finalice sin que se hayan producido cambios suficientes para un regreso seguro. Las posibilidades en uno y otro caso, las opciones que se presentan finalizado el dispositivo se convierten en tema prioritario y, como tales, serán analizados en el capítulo siguiente dedicado a las medidas subsiguientes a la cesación de la Protección Temporal.

4. CAUSA SUBJETIVA Y OPCIONAL: EL REGRESO VOLUNTARIO.

A. EL DERECHO AL REGRESO VOLUNTARIO COMO FÓRMULA DE CESACIÓN DEL RÉGIMEN.

La Directiva dedica el artículo 6 al análisis de las causas y procedimiento para la finalización de la Protección Temporal, en el cual no encontramos ninguna otra fórmula más allá de la propia expiración del plazo máximo y de la capacidad de cesación que recae en manos del Consejo, con los requisitos previstos en la norma.

Sin embargo, en el apartado de medidas subsiguientes a la Protección Temporal (capítulo V de la Directiva), el primer apartado del artículo 21 establece que:

“1.Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar *el regreso voluntario de las personas beneficiarias de protección temporal* o de aquellas cuya protección haya llegado a su fin (...)”⁷⁸.

Esta disposición reconoce el derecho al *regreso voluntario* de los beneficiarios de la Protección Temporal ejercitable en dos momentos procesales diferentes:

78. La cursiva es de la autora.

1. Durante el periodo de vigencia de la Protección Temporal: ya nos encontremos en el primer año de duración del régimen o en el transcurso de la prórroga automática o expresa, los beneficiarios del sistema tienen derecho a solicitar el regreso voluntario.

2. Finalizada la Protección Temporal: bien sea porque haya llegado el plazo máximo de duración, es decir, el transcurso de tres años, o bien, porque se le haya puesto fin a través de la posibilidad de cesación que recae en manos del Consejo –vía artículo 6.1.b–, en ambos casos, los Estados deben adoptar medidas para posibilitar el regreso voluntario⁷⁹.

Esta segunda opción se encuadra en el apartado de medidas subsiguientes a la Protección Temporal y como tal será analizada en el siguiente capítulo.

En cambio, la primera alternativa dedicada al regreso voluntario de los desplazados que aún son merecedores de la Protección Temporal, se nos presenta como una fórmula más para interrumpir la relación de responsabilidad existente entre los Estados miembros y los desplazados que diseña la Directiva. Esta iniciativa, que se halla en manos de los beneficiarios, tiene la virtud de hacer cesar el sistema de Protección Temporal y, en esa medida, nos interesa analizarla en este capítulo.

Resulta un tema de especial trascendencia por las consecuencias que trae aparejada la cesación del régimen para los beneficiarios del mismo que, desde ese momento, dejan de ser deudores de la acogida y asistencia que implica el dispositivo. La normativa comunitaria se encuentra con la difícil tesitura de hacer compatible el lógico derecho de los desplazados a volver a su lugar de origen y las obligaciones de protección que tienen asignadas. Se hace necesario encontrar ese delicado equilibrio entre ambas premisas. Aunque la iniciativa está en manos del beneficiario que, de forma voluntaria, renuncia a la protección temporal para volver a su lugar de origen, los Estados han de rodear de las necesarias garantías una decisión de tal calado; las obligaciones estatales descritas en el artículo 21 pretenden, pues, conseguir esa finalidad.

B. LOS FINES Y LAS GARANTÍAS INELUDIBLES EN EL REGRESO VOLUNTARIO.

El artículo 21 es una norma paradigmática de la regulación de mínimos característica de una Directiva. Se trata de una llamada al legislador nacional para que proceda a un desarrollo normativo que llene de contenido el objeti-

79. En adelante, para distinguir el regreso voluntario en uno y otro caso, llamaremos *repatriación voluntaria* al regreso que se promueve una vez ha finalizado la Protección Temporal vía artículo 6.1.b) o a través de la propia expiración, a los tres años de vigencia. Éste será analizado con detalle en el siguiente capítulo.

Para el caso del regreso voluntario iniciado por el aún beneficiario de la Protección Temporal, utilizaremos la expresión "regreso voluntario".

vo marcado por la disposición comunitaria: el regreso voluntario de los desplazados.

Los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias que posibiliten el regreso voluntario y, a diferencia de otras disposiciones que apenas requieren transposición, en este caso, la norma se limita a establecer la finalidad y no aporta datos sobre cómo se va a proceder con este tipo de solicitudes, cuestión ésta que remite a las respectivas perspectivas nacionales.

Efectivamente, nada dice la norma sobre cuándo ni cómo se podrá cursar este tipo de solicitudes o se llevará a cabo el regreso al país de origen, por lo que se esperan diferentes regulaciones al respecto, con lo que ello supone de falta de armonización y coordinación entre los diferentes Estados. Así como en la evacuación de las poblaciones en peligro se echaba en falta una mayor definición normativa por parte de la Directiva que asegurase una primordial coordinación estatal; en este caso, por los mismos motivos, hubiera resultado imprescindible más precisión en términos procedimentales⁸⁰. La coordinación estatal facilitaría y dotaría de mayor eficacia a las necesarias obligaciones estatales que se yerguen en mínimas garantías del procedimiento y que, esta vez, sí define la Directiva.

En función de esta norma, el *regreso voluntario* de los desplazados se realizaría *con respeto a la dignidad humana* (art. 21.1); *con conocimiento de causa* (art. 21.1), y *permitiendo su reversibilidad* (art. 21.2). Veámoslo más detenidamente:

El primer apartado del artículo 21 establece, en efecto, lo siguiente:

“Los Estados miembros velarán por que las disposiciones que rijan el regreso voluntario de las personas acogidas a la protección temporal faciliten el regreso dentro del respeto a la *dignidad humana* (...)”⁸¹.

Nótese que el principio de respeto a la dignidad humana resulta exigible tanto al retorno voluntario durante al período de vigencia de la protección temporal como al retorno una vez finalizada ésta.

80. A los silencios de la norma hemos de sumar los del Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones y el PE que nada añaden, sobre este artículo 21, en sus informes sobre la Directiva. En el caso del Parlamento resulta aún más llamativo dado su celo en el examen de cada una de las disposiciones normativas.

Tampoco ONGs como ECRE u organizaciones doctrinales como ILA realizan ninguna observación concreta sobre el regreso voluntario. Su preocupación se centra en la relevancia de la “voluntariedad”. Insisten en la necesidad de contar con la voluntad del desplazado a la hora de poner en marcha un dispositivo de retorno. En este sentido, pensamos que se refieren a la repatriación voluntaria, medida posterior a la finalización de la Protección Temporal y no al regreso objeto del presente capítulo que, al iniciarse por propia iniciativa del beneficiario, no arroja dudas sobre su voluntariedad.

En lo que respecta al *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal*, tan sólo se limita a recoger dicho derecho subrayando la necesidad de coordinación (art. 26). Las dudas apuntadas se resolverán *ad hoc*.

81. La cursiva es de la autora.

Ese es el mínimo común denominador que han de observar los Estados miembros en su regulación del procedimiento (en sentido amplio) para hacer efectivo el regreso voluntario, sea éste el de las personas aún beneficiarias, o el de aquéllas cuya protección temporal ha llegado a su fin (y, en tal caso, el valor “dignidad humana” podrá tener algo más que decir que cuando se trata de un retorno del todo voluntario, esto es, cuando no se ha puesto fin a la protección temporal). Resulta una obligación estatal que garantiza una cierta *cualidad* del sistema. Se trata de una clara obligación de resultado, en virtud de la cual, el regreso ha de producirse en condiciones que aseguren *el respeto de la dignidad humana*. Es indiferente cuál sea la forma o el modo en que los Estados den cumplimiento a esta obligación (*v.gr.*, garantizando la no discriminación, procurando atender a las necesidades básicas de los retornados), puesto que gozan de un notable margen de apreciación; lo relevante es que se habrá de satisfacer tal finalidad⁸².

A pesar de que pudiera pensarse que éste es un requisito exigible, no sólo en el procedimiento, sino también respecto de las condiciones en país de origen –de tal forma que pudiera realizarse el regreso sólo si las condiciones en el país de exilio garantizan la dignidad humana–, no nos parece que sea ésta la intención del legislador comunitario. No se trata de una condición sustantiva a observar en el país de destino, sino una obligación de procedimiento a exigir al Estado que va a hacer efectivo el regreso de los solicitantes. Si aún no se ha producido una decisión del Consejo, en aras a proceder a un *regreso seguro* (artículo 6.1.2 de la Directiva), no resulta coherente exigir condiciones compatibles con la dignidad humana en un Estado que aún no ha dado muestras de los cambios necesarios para ello. A resultas de cuanto antecede, el regreso de las personas beneficiarias de la Protección Temporal será *voluntario* y se realizará dentro del respeto a la *dignidad humana*, pero, en principio, no tiene por qué ser *seguro*. De ahí que se hagan necesarias dos obligaciones estatales más para mayor protección de los desplazados.

82. En la *Propuesta de Directiva de 2000*, el artículo 21 exigía un regreso voluntario en condiciones *seguras y dignas*. De ese modo, tanto para el regreso voluntario como para el forzado que fuera consecuencia de la decisión del Consejo vía artículo 6.2.b, se exigiría el requisito de la seguridad.

Finalmente, la Directiva vigente opta por eliminar el requisito de la seguridad del regreso voluntario trasladándolo al artículo 6.2.b) en exclusiva.

El diferente rasero en las condiciones de cesación que demuestran estos artículos podría venir determinado por el sujeto que inicia el procedimiento. En el caso del artículo 6.2.b) se trata de una decisión del Consejo que pondría fin a la Protección Temporal por lo que se le exigen las máximas garantías, esto es, demostrar que la protección ha dejado de ser necesaria. Resulta el único sujeto capaz de adoptar una decisión de tal calado. En cambio, si se trata del beneficiario quien inicia el procedimiento de cesación a través de una solicitud de regreso, las exigencias son menores, la voluntariedad de la decisión parece compensar la falta de seguridad en el Estado de origen.

Efectivamente, en la medida en que los solicitantes del regreso voluntario aún son beneficiarios del dispositivo temporal, esto quiere decir que todavía no se han dado las condiciones para la aplicación del artículo 6.2 por parte del Consejo, es decir, no se considera, por parte de las instituciones comunitarias que, en el país de origen, hayan de darse las garantías suficientes para un *regreso seguro* de los exiliados. En ese caso, es lógico pensar que aquellos acontecimientos que dieron lugar a la afluencia masiva aún pudieran, en mayor o menor medida, producirse.

En consecuencia, el artículo 21 hace un llamamiento al Estado para que garantice el ejercicio de tal derecho de forma responsable. Así continúa el apartado primero:

“(…) Los Estados miembros velarán por que estas personas adopten la decisión del regreso *con conocimiento de causa*. Los Estados miembros podrán contemplar visitas exploratorias (...)”⁸³

Se trata de una obligación que se impone a los Estados, pues son los únicos que están en condiciones de aportar datos suficientes y certeros de las condiciones que se viven en el país de exilio. En la medida en que este regreso pondrá fin a la relación de responsabilidad que existe entre Estados y desplazados en virtud de la Directiva, y a falta de mayores exigencias sustantivas, los Estados han de demostrar que es el desplazado el que inicia el procedimiento, que no lo hace inducido ni con falta de información que pudiera, de nuevo, ponerle en peligro y facilitar este regreso en condiciones dignas. Todo ello garantizaría que no se trata de un *refoulement* prohibido por la Directiva y el Derecho internacional, por lo que en caso de producirse violaciones de derechos fundamentales a su regreso o cualquier otra situación susceptible de protección internacional, ello no sería objeto de responsabilidad de los Estados sino de los desplazados.

Aunque la Directiva guarda silencio –como es lógico al tratarse de una norma mínima–, sobre cuál ha de ser la información facilitada por los Estados que asegure un auténtico conocimiento de causa *resultaría imprescindible no sólo centrarse en las condiciones del país de origen sino también sobre los derechos de los que aún disponen en el país de acogida*. Piénsese que entre los desplazados pueden hallarse personas que cumplan con los requisitos de Ginebra (o con los de la protección subsidiaria) y que pudieran iniciar un procedimiento en este sentido antes del regreso (artículo 17 de la Directiva). A pesar de que el artículo 9 de la Directiva obliga a los Estados a facilitar un escrito a los beneficiarios de la Protección Temporal en el que obtengan toda la información necesaria sobre el régimen, una vez hubieran mostrado su solicitud de regreso los Estados deberían informar, de nuevo, sobre todos estos aspectos dadas las condiciones en que pudiera desarrollarse la vuelta a casa.

83. La cursiva es de la autora.

Entre las muchas medidas que tienen los Estados para llevar a cabo un regreso con conocimiento de causa, la Directiva ofrece la *posibilidad* de las *visitas exploratorias*⁸⁴. No se trata de un requisito *sine qua non* sino de una de las muchas opciones posibles, por lo que queda en manos de los Estados su utilización. Carece, pues, de contenido jurídico en el contexto y estructura propios de una Directiva (artículo 249 TCE) y no posee más que un valor político o de carácter ilustrativo.

Su mención expresa pudiera obedecer a la intención de la Directiva de hacerse eco de una práctica regular en este sentido no sólo por los Estados europeos que utilizaron esta técnica en el caso de los desplazamientos masivos de la ex Yugoslavia, sino también a nivel internacional.

Cómo se les informe, cómo se pongan en marcha las visitas exploratorias, en qué condiciones y bajo qué presupuesto financiero (nada se dice sobre si el Fondo Europeo para refugiados financiará las visitas exploratorias), son cuestiones irresueltas *a priori*. Por lo que será previsible encontrar disfunciones entre los Estados, cuando la existencia de una interpretación única hubiera servido para una mayor garantía de cumplimiento de la finalidad del precepto. Eso sí, es de esperar que, a tal efecto, se desarrolle una eficaz cooperación y coordinación entre los Estados miembros y sus administraciones (cooperación horizontal en el marco y bajo el manto de la Unión).

En segundo lugar, dadas las condiciones teóricamente inseguras en que regresarían los desplazados, la Directiva sugiere la posibilidad del arrepentimiento. Según el artículo 21.2:

“En tanto en cuanto la protección temporal no haya llegado a su término, los Estados miembros examinarán con benevolencia, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, las solicitudes de regreso al Estado miembro de acogida de personas beneficiarias de protección temporal que hubieran ejercido su derecho al regreso voluntario (...)”.

Si aún no han transcurrido los tres años de plazo máximo y los beneficiarios han ejercido su derecho al regreso voluntario en unas circunstancias que lo desaconsejaban, la Directiva ofrece la posibilidad de hacer reversible la situación y que los retornados soliciten su readmisión en el Estado europeo que les vio partir.

Según la citada disposición, la obligación estatal se cifra en el *examen con benevolencia* de las solicitudes de regreso al Estado miembro de acogida. En esos casos, los Estados no parecen tener –en virtud de la Directiva–, *una obli-*

84. Según la Comisión, la visita exploratoria supondría un desplazamiento sobre el terreno durante un corto periodo de tiempo con el fin de obtener información sobre las condiciones de seguridad y reintegración imperantes en su país de origen, antes de llevar a cabo el regreso voluntario. *Propuesta de Directiva de 2000*, comentario al artículo 21, p. 23.

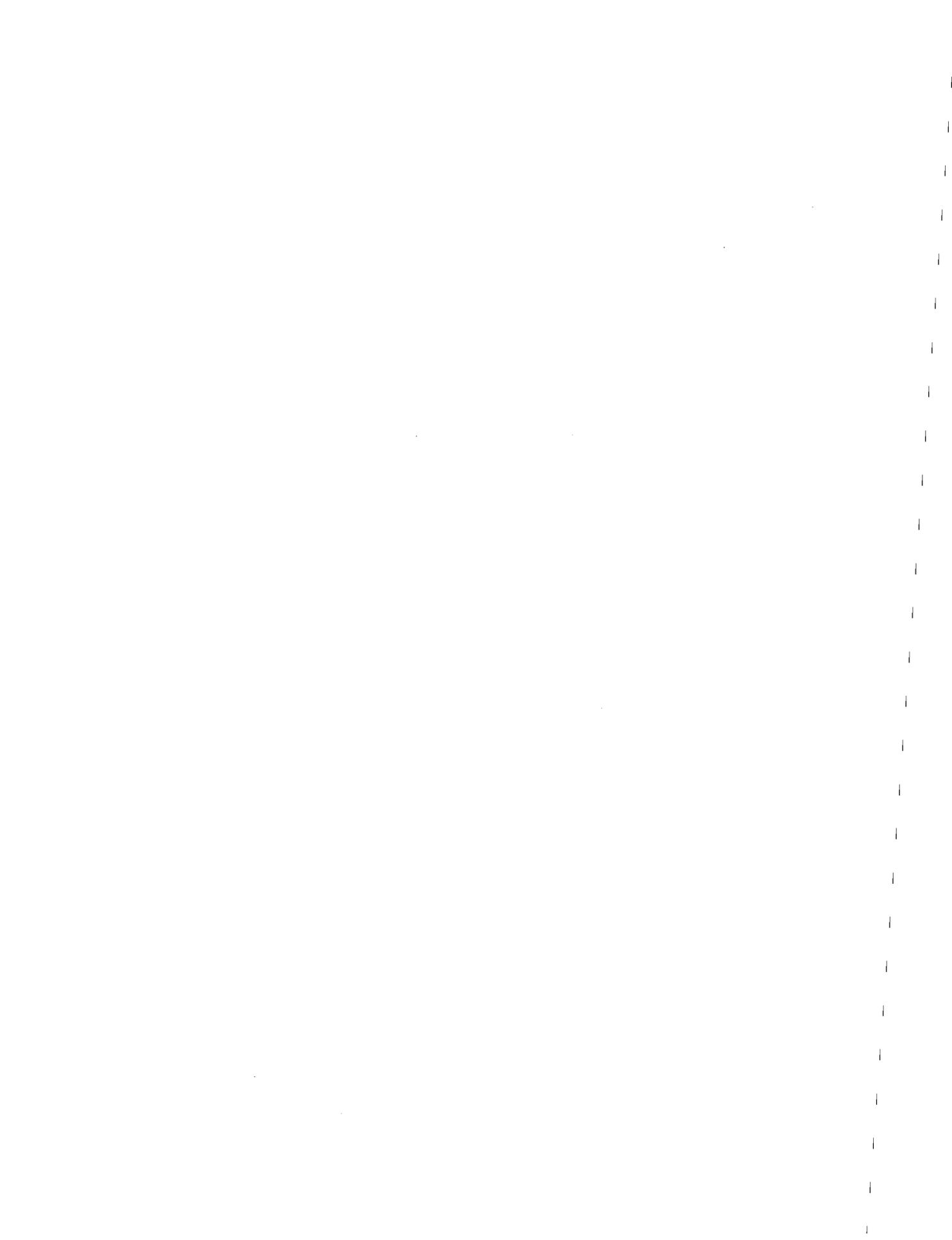
gación de readmisión directa, con la simple petición del desplazado, sino que más bien sugiere la posibilidad de realizar un examen objetivo de las circunstancias concurrentes; prueba a la que únicamente se exige la aplicación del principio humanitario, esto es, examinar las solicitudes con *benevolencia* en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, pero siempre por referencia y relación con las circunstancias del país que rodean al solicitante de la readmisión.

En todo caso, al no existir una readmisión directa, debe haber un examen y de ello se infieren dos consecuencias que plantean algunos interrogantes jurídicos:

En primer lugar, en las circunstancias descritas por la norma, la carga de la “prueba” (la alegación de las circunstancias) recae en el beneficiario, que deberá poner de relieve que vuelve a encontrarse en una situación de dificultad, merecedora de tal protección, o en las mismas o parecidas circunstancias que le dieron la entrada en la Comunidad. Cómo se podrá hacer efectivo ese procedimiento estando el desplazado en el país de origen, y bajo qué garantías jurídicas, resulta una incógnita.

En segundo lugar, si admitimos la posibilidad de que el Estado concluyera su examen con una respuesta negativa a la readmisión, se estaría provocando una situación de conflicto de importantes consecuencias para la coherencia del sistema. En ese caso, aún no se habría producido una decisión del Consejo, máximo responsable para iniciar y dar por finalizada la Protección Temporal, sobre las condiciones en el país de origen (artículo 6.1.b) y puede que un Estado de forma individual, después de un examen de readmisión, ya hubiera procedido a evaluar la situación e incluso a dar una respuesta negativa a la misma. Esta incongruencia no parece deseable. Pero es posible. Al menos la norma, no prevé una decisión del Consejo previa a la estatal en ese sentido al examinar las solicitudes de readmisión. Es de esperar por ello que, al menos, los Estados actúen con la necesaria coordinación y cooperación, en el plano horizontal, para garantizar una gestión común de esta problemática.

CAPÍTULO VI
EL REGRESO AL PAÍS DE ORIGEN COMO
TÉRMINO NATURAL DEL SISTEMA Y OTRAS MEDIDAS
SUBSIGUIENTES A LA PROTECCIÓN TEMPORAL



I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.

1. EL ARTÍCULO 20 DE LA DIRECTIVA Y EL SENTIDO DE LAS DENOMINADAS “MEDIDAS SUBSIGUIENTES” (TÍTULO V).

Acorde con su carácter temporal y subsidiario, esta fórmula de protección constituye un sistema de acogida cuyo desarrollo se estima para unas concretas coordenadas de espacio y tiempo. Según sabemos, se trata de una medida de carácter *objetivo* (causalizada en razón de determinados flujos masivos) y *transitorio o temporal* (esa causa está llamada a desaparecer), por lo que, necesariamente, habrá de disponerse su finalización. No es, en efecto, una medida –la acogida territorial– que resulte duradera o indefinida, no obstante lo cual, tampoco se trata de la única y definitiva forma de protección por lo que, en cualquier caso, habrá de articularse dispositivos subyacentes si la permanencia en el Estado de acogida sigue siendo imprescindible.

Bien sea por la extinción de las causas que le dieron inicio (artículo 6.1.b de la Directiva), bien sea porque se ha consumido el periodo de tiempo máximo asignado para la acogida (artículo 6.1.a de la Directiva), lo cierto es que el procedimiento deja de ser aplicable y, en consecuencia, han de preverse algunas medidas posteriores al mismo. El capítulo V de la Directiva bajo la rúbrica “Regreso y medidas subsiguientes a la protección temporal” se dedica a este menester.

El objeto del presente capítulo consistirá, por consiguiente, en estudiar el régimen jurídico del regreso, su concepto y condiciones –establecidas aquí en clave de Directiva y, por tanto, como garantía de resultado–; así como otras medidas o regímenes por los que podrá “circular” o a los que pudiera acogerse el desplazado.

Habrà que dilucidar igualmente, y subrayar, la aporía que, de forma consciente, ha dejado la Directiva, esto es, la renuncia a comunitarizar, primero, la

apreciación de que el regreso resulta seguro y fiable cuando la protección ha finalizado por el mero transcurso del plazo y, segundo, la decisión a adoptar en caso negativo, planos éstos que han quedado en manos de los Estados miembros.

Según el artículo 20:

“Una vez haya finalizado la Protección Temporal, se aplicará el derecho general en materia de protección y de extranjería en los Estados miembros, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21, 22 y 23”

El dispositivo temporal ha de extinguirse en todo caso a nivel comunitario, y con él finaliza igualmente el estatuto jurídico del que venían disfrutando los desplazados (capítulo III de la Directiva), salvo aquellos casos que requieran la prolongación del régimen de la Directiva. A la esencia de este régimen de protección pertenece, como ya se ha dicho y luego se abundará, su carácter temporal. Ello no obsta, claro está, a que tanto el Derecho interno (protección y extranjería), más o menos influenciado por el Derecho comunitario, o las mismas reglas de juego del regreso que la Directiva establece, dispongan bien la entrada en escena o la sucesión de un nuevo régimen, distinto de la protección temporal, bien excepciones concretas o matices, respectivamente.

En efecto, el propio artículo 20 conecta o reenvía a la eventual aplicación de otros regímenes normativos internos (de protección y extranjería); mientras que los artículos 21 a 23, reguladores del regreso, establecen algunas excepciones o matices.

En todo caso, y ello es importante notarlo ahora, estos preceptos están destinados a regular *el regreso de los desplazados: la medida subsiguiente prioritaria en la regulación de la Directiva y que consideramos el término natural del sistema de Protección Temporal*.

El Capítulo V de la Directiva lleva por título “Regreso y medidas subsiguientes a la protección temporal”. Se trata, a nuestro juicio, de un término “medidas subsiguientes” equívoco por cuanto pudiera dar a entender que el regreso es una pieza externa al sistema, extramuros del régimen jurídico de la protección, máxime cuando el retorno, a la vista de las garantías que ahí se establecen y su carácter mínimo (artículos 21 a 23), puede producirse largo tiempo después de haberse extinguido el plazo máximo. Y equívoco también porque podría dar pie a pensar que el regreso es una “medida subsiguiente” más, en igualdad con otros regímenes jurídicos autónomos a los que podría acogerse el desplazado, y que el artículo 20 se limita a esbozar, remitir o reenviar a otros sistemas (sistemas nacionales de protección y extranjería –razón por la cual su estudio en el Capítulo Sexto de este trabajo es menor).

Todo ello además en un contexto en el que, como ya se ha avanzado, transcurrido el plazo, son los Estados, y no el Consejo, los que habrán de apreciar por sí mismos las garantías de seguridad para que pueda o no producirse el regreso, y adoptar, en cada caso, las “medidas subsiguientes” que estimen

oportunas y que no tienen por qué ser las que indican los artículos recogidos bajo esta rúbrica del Capítulo V.

Sea como fuere, y dejando a salvo los conceptos, cabría hablar de “medidas subsiguientes” en un sentido *amplio* (o comprensivo de todos los supuestos posibles una vez finalizado el plazo y, por tanto, integrante del regreso) o en un sentido más *estricto* (que incluiría tan sólo a aquellos regímenes que sucederían a la protección temporal, evitando el regreso) Dicho de otro modo: en un sentido muy amplio, entenderíamos por medidas subsiguientes todas aquellas que, cronológicamente, se sucedan después de finalizado el régimen de protección, en particular una vez transcurridos los tres años máximos. Y, en un sentido más estricto, hablaríamos de medidas subsiguientes para hacer referencia, en exclusiva, a la eventual sucesión de regímenes legales de protección (protección temporal nacional, asilo, etc.), cuando no se produce el regreso –medida para la que se disponen normas mínimas–. En esta última acepción, en realidad, lo que se pretende destacar es que el regreso forma parte, con naturalidad, del concepto mismo de protección temporal; que este régimen, a diferencia de lo que sucede con el asilo, nace con fecha de caducidad. Y, con la primera, se alude a dos aspectos distintos: cómo ha de producirse la repatriación en caso de que el regreso sea seguro; y qué cabe hacer si éste regreso no es seguro y es necesario arbitrar –a nivel nacional ya–, alguna medida protectora en tanto las circunstancias se modifican.

Antes de avanzar, conviene retener y no difuminar tres datos relevantes, que se desprenden de cuanto ha quedado dicho y sobre los que ulteriormente habrá ocasión de abundar:

–La Directiva no ha comunitarizado la *apreciación* de que han desaparecido los presupuestos de hecho materiales que motivaron la activación de la protección temporal (flujos masivos debidos a las concretas circunstancias que ya conocemos) cuando la causa de cesación proviene de la expiración del régimen; es esa una competencia o potestad que queda en manos de los Estados miembros. Se produce así una asimetría que es posible resumir de la siguiente forma: “para la activación del régimen europeo de Protección Temporal es inexcusable la aprobación del Consejo; su desactivación, en cambio, resulta tan automática que ni siquiera cabe una nueva intervención comunitaria para apreciar si las circunstancias han cambiado”. La protección europea cesa en última instancia por el mero transcurso del plazo máximo.

–La Directiva no dispone nada –a nivel europeo–, para la hipótesis de que las reiteradas circunstancias no hayan desaparecido y el plazo haya expirado. Nada dice, en efecto, acerca del régimen de protección que quepa dispensar. Será necesaria la adopción de medidas a nivel interno. Es ésta, pues, una segunda asimetría, ahora de carácter sustantivo o material: “hay un régimen una vez aprobado por el Consejo; no hay régimen europeo una vez expirado el plazo”.

–Con todo, y pese a que tras la finalización de la protección temporal *comunitaria* podría ser necesaria y obligada una sucesiva protección *nacional*, la Directiva sí exige que el regreso, en todo caso, sea seguro, esto es, no ha renunciado a comunitarizar tal garantía, de modo que, si bien el Estado tendrá un cierto margen de apreciación para resolver si se dan o no las circunstancias (ya no es una única voz o apreciación), no dispone de libertad absoluta para acordar la repatriación si ésta no es segura. La garantía comunitaria del regreso seguro representa, pues, una suerte de “isla” en la regulación europea y es el Estado el que habrá de tender el puente entre la finalización de la protección temporal a nivel comunitario y la viabilidad del regreso.

–De ahí que, por hipótesis, los Estados, para dar cumplimiento a esta Directiva (garantía de resultado), podrán verse obligados eventualmente a modificar sus respectivos ordenamientos y a establecer nuevos sistemas de protección temporal a nivel nacional, de modo que puedan cubrir, en su caso, la distancia que haya entre el término de los tres años y la realidad de un regreso seguro. En otras palabras, no es tan inocente el inciso final del artículo 20 antes transcrito, esto es, que la entrada en escena del Derecho interno, finalizada la protección comunitaria, deba producirse “sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21, 22 y 23”, cláusula ésta que, como se ha notado, puede implicar la reforma de los sistemas nacionales para que, en efecto, la protección nacional lo sea sin menoscabo de esa seguridad en el regreso.

2. EL REGRESO COMO TENDENCIA DE ACTUALIDAD QUE LA DIRECTIVA VIENE A CONFIRMAR Y POTENCIAR.

La Protección Temporal no es un dispositivo con vocación de permanencia, se trata de un marco de protección basado, de forma principal, en *circunstancias objetivas y, en principio, transitorias*: una situación de riesgo, potencialmente provisoria, que provoca un flujo a gran escala digno de acogida en otros Estados. Desde esa perspectiva, es lógico, pues, considerar que, en ausencia de esa contingencia, es decir, producido un cambio en el trance que provocó el exilio, se contemple el regreso de los desplazados como la solución *consustancial* a una medida de tales características¹.

En la configuración de la acogida se parte de la creencia en la *interinidad*

1. En el cambio de las circunstancias de peligro o amenaza basamos el razonamiento.

Nos mostramos, pues, contrarios a la opinión manifestada por la Profesora Ferola, quien afirma que en caso de flujos masivos, son los desplazados los que no desean establecerse en el país de acogida de forma definitiva, y por ello, prima el regreso a sus lugares de origen como solución duradera. En nuestra opinión, no obstante, consideramos que no se trata de una cuestión de “deseo personal”. FEROLA, L. «Nouveaux instruments légaux pour aborder les flux massifs des personnes déplacées dans l’Union Européenne: la protection temporaire», en *AWR Bulletin*, vol. 37, 1999, p. 62.

del peligro que provoca el flujo migratorio. De esa misma interinidad del problema surge la interinidad de la protección y, por tanto, se confía en las posibilidades del retorno de los exiliados en un determinado lapso de tiempo; no es de extrañar, pues, que la Protección Temporal se haya definido como “una solución orientada a la repatriación”².

Resulta, por tanto, un sistema protector para una situación extraordinaria y circunstancial y, en esa medida, el regreso se convierte en la solución conatural e incluso deseable, puesto que será sinónimo de que las circunstancias objetivas que provocaron el flujo –un sacrificio siempre– han desaparecido. No se ha de olvidar que en la propia cesación del dispositivo ya se apunta al retorno de los desplazados (artículo 6.1.b). Nótese, pues, la primacía otorgada a dicha medida (en contraste con la escasa atención recibida por parte de la doctrina³).

La cuestión surge, fundamentalmente, cuando, transcurrido el plazo máximo que el régimen europeo ha dispuesto, esas circunstancias no han cambiado.

Así las cosas, el resto de opciones clásicas –integración en el país de acogida o reasentamiento en un tercer país– aparecen como posibilidades excepcionales, relacionadas, de forma principal, con la falta de resolución del conflicto.

Resulta interesante hacer notar, de este modo, la importancia de la llamada *proyección exterior de la Directiva*; las circunstancias del país de origen determinan gran parte del dispositivo: activación, cesación, medidas subsiguientes. El diálogo interestatal resulta, por tanto, fundamental.

Aunque la vuelta a casa se ha venido recomendando, en los últimos tiempos (no así en los orígenes de la institución), como mejor remedio para los casos de *mass influx* –y, en este sentido, como la medida subsiguiente, entendida ésta en sentido amplio, más adecuada para la Protección Temporal⁴–, no consideramos que sea el colectivo al que va dirigido el sistema protector el

2. ACNUR. Comité Ejecutivo. *Conclusión General sobre la Protección Internacional*, nº 74 (XLV), 1994 (45º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. U.

3. A diferencia de la importante investigación científica respecto a las soluciones duraderas previstas para los refugiados; en el caso de la Protección Temporal, las medidas subsiguientes a la acogida resulta de las áreas menos desarrolladas a nivel doctrinal.

4. La preferencia por el retorno es una tendencia de las últimas décadas. En un principio, ni los sistemas de *temporary refuge*, ni los primeros análisis sobre la protección debida en casos de exilios a gran escala se inclinaban por una solución duradera concreta.

A principios de los ochenta, el Profesor Coles afirmaba como, en relación con los desplazamientos masivos de refugiados, el principal objetivo debía ser encontrar una solución duradera satisfactoria lo antes posible, independientemente de que ésta fuera o no la admisión en el Estado de acogida. De hecho, llegaba a poner en cuestión que ésta fuera la mejor medida para los grandes flujos de personas. Las circunstancias fácticas aconsejaban la búsqueda de la solución posible más que la solución ideal. COLES, G.J.L. “Temporary Refugee and the Large Scale Influx of Refugees”, *op. cit.*, pp. 207-208. También: ACNUR. Comité Ejecutivo. Sub-Committee of the Whole on International Protection, *Report on the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx*, EC/SCP/Add. 1, 17 de julio de 1981, para 1.

que determine la solución más idónea, sino, más bien, las características que rodean ese desplazamiento en masa.

Cabe así recordar que los originarios sistemas de *temporary refuge*, creados para casos de afluencia masiva, no sólo no confiaban en la viabilidad de un retorno de los refugiados sino que tendían a contemplar, entre las soluciones duraderas, la posibilidad de integración o de un reasentamiento en un tercer país y, así fue utilizado en numerosas ocasiones. Las condiciones en las que se produjeron aquellos exilios a gran escala no hacían prever, en breve, un cambio en los países de origen que posibilitara el regreso de los refugiados. La eventual integración en el primer país de acogida o en un tercer país (reasentamiento), resultaban opciones inevitables y exclusivas para ellos⁵.

Lo mismo sucede en el marco del DIR. En las últimas décadas, la repatriación voluntaria se ha convertido en la solución más valorada e incluso se ha considerado con carácter preferente sobre la permanencia en el país de acogida o el reasentamiento. Y ello, a pesar de que la vuelta a casa no resultaba una solución connatural a los primeros instrumentos de protección al refugiado ni al sistema ideado en Ginebra, sino más bien al contrario. Las circunstancias que rodearon los desplazamientos en el periodo de entreguerras o en plena Guerra Fría no hacían posible ni razonable contar con un pronto regreso de los exiliados. De ahí que la propia Convención ginebrina incidiera tanto en el estatuto de los refugiados y, por consiguiente, en sus posibilidades de integración en el país de refugio (véanse los artículos 12 a 24 del Convenio de Ginebra de 1951) más que en las posibilidades de un retorno que ni siquiera regula⁶.

También: EXCOM, nº 22 (XXXID), *Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala*, 1981 (32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo). Más recientemente: ACNUR: *Note on International Protection*, A/AC.96/830, 7 september 1994, para. 45.iv: «the focus on return as the most appropriate solution».

En el marco del conflicto en la ex Yugoslavia, el Comité Ejecutivo: «Considera que la protección temporal que, en el contexto de la respuesta general a la Crisis Humanitaria en la Ex Yugoslavia, la Alta Comisionada ha considerado que incluye (...) cuando las condiciones lo permiten, el regreso seguro al país de origen (...)». EXCOM, nº 74 (XLV), *Conclusión General sobre la Protección Internacional*, 1994, (45º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo, para 1).

La Directiva se hace eco y viene a confirmar -incluso potenciar-, así, la evolución internacional para los casos de flujos masivos.

5. El modelo de *temporary refuge* del Sudeste asiático se basó principalmente en el *resettlement* (Véase Capítulo Primero de este trabajo).

6. En el periodo de entreguerras, la repatriación tuvo un papel muy poco significativo (sólo se organizó -con mayor o menor éxito-, en el caso de los desplazados soviéticos: *Nansen-Soviet Repatriation Plan*) debido, de forma principal, al rechazo de los propios países de origen a admitir a sus antiguos ciudadanos (recuérdese, en ese sentido, la negativa del Gobierno turco a recibir a las minorías griegas y armenias que habían huido de forma masiva años atrás). En la medida en que la repatriación no era una opción viable, la integración en los países de primer asilo resultaba inexcusable, y ello a pesar del enorme sacrificio que supuso en algunos casos (Grecia llegó a admitir algo más de un millón de refugiados y, en contra de lo que pudiera parecer, con resulta-

Hoy día, por el contrario, se pone el acento en la provisionalidad de los peligros asociados a los desplazamientos y ahí radica, en nuestra opinión (lo que no quiere decir que no haya otros factores históricos, económicos, culturales o políticos que puedan influir en esta evolución), el motivo de la preferencia por una medida más que por otra; ello con independencia de los recelos que dicha prioridad haya podido suscitar en una doctrina partidaria, en mayor medida, de la utilización de otras vías más consustanciales al Convenio ginebrino⁷.

Si esto es así en el DIR –respecto a personas que han disfrutado de un estatus de semi permanencia–, con mayor motivo resulta la vuelta a casa la solución natural en los casos de Protección Temporal.

dos muy positivos). SKRAN, C.M. *Refugees in inter-war Europe. The Emergence of a Regimen*, *op. cit.*, pp. 146-183.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el Alto Comisionado, G.J. van Heuven Goedhart, en algunas intervenciones públicas, continúa minusvalorando la repatriación voluntaria, a pesar de las disposiciones al respecto en el Estatuto de su Oficina y a la insistencia soviética en la repatriación que tuvo su reflejo en los instrumentos jurídicos elaborados en la época. *Apud.*, ZIECK, M. *UNHCR and Voluntary Repatriation. A legal Analysis*, *op. cit.*, p. 4, nota nº 8 y 41-68. No obstante, en su Curso de Derecho Internacional de la Academia en La Haya, en los primeros años cincuenta, reconoce que “en teoría resulta la solución ideal”: van HEUVEN GOEDHARD, G.J. ‘The Problem of Refugees’, en *RCADI*, vol. 82-I, 1953, p. 305.

La preferencia expresa por la Repatriación voluntaria empieza a hacerse patente en los años ochenta. En concreto el Comité Ejecutivo dedica su Resolución número 18 (XXXI-1980), en exclusiva, a esta solución duradera. En su párrafo a: “El Comité Ejecutivo reconoció que en general la repatriación voluntaria constituía la solución más adecuada al problema de los refugiados (...)”.

En la doctrina, autores como el Profesor Hathaway defienden la necesidad de potenciar repatriación también respecto de los refugiados, con objeto de obtener mayores garantías respecto a la previa obtención del asilo. En la medida en que el Estado se sienta más libre para proceder al retorno de los refugiados se mostrará más flexible en la acogida y, por tanto, en los procedimientos de determinación del refugiado. *Vid.* HATHAWAY, J.C. ‘The Meaning of Repatriation’, *op. cit.*, p. 555.

Estas afirmaciones también han tenido sus detractores. El riesgo de que la repatriación voluntaria coadyuve a diluir las obligaciones internacionales está presente en la mayor parte de las críticas (*vid.* siguiente nota al pie).

7. Algunos autores han criticado la evolución hacia una mayor confianza en la repatriación voluntaria. Podría considerarse como parte de la misma estrategia restrictiva que plantea conceptos como los de *preventive protection*; *safe zones and the right to remain*; *safe return*; *internal flight alternative*; *right to return*; etc.

Resulta paradigmático, en este sentido, el título de un artículo que no sólo cuestiona esta evolución sino también el papel que ACNUR pudiera jugar en ella: TAKAHASHI, S. ‘The UNHCR Handbook on Voluntary Repatriation: the Emphasis of Return over Protection’, *op. cit.*, pp. 593-612.

Se muestra crítico también: BARUTCISKI, M. ‘Involuntary repatriation when Refugee Protection is no longer Necessary: Moving Forward after the 48th Session of the Executive Committee’, *op. cit.*, pp. 236-255. En su opinión sería más correcto promocionar la utilización de la cláusula de cesación por parte de los Estados que la repatriación voluntaria.

La evolución, en todo caso, es tan significativa que pasamos del silencio normativo del Convenio de Ginebra respecto al regreso⁸, a la adopción de una Directiva –como la europea de Protección Temporal–, que no sólo se orienta prioritariamente al regreso, sino que *crea obligaciones positivas de procedimiento y resultado para su obtención* (artículo 21). Y ello con independencia de que se trate de dos instituciones –asilo y protección temporal–, que responden a lógicas distintas.

Esta 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 forzado* (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 así lo que se ha venido a llamar el “*institucionalizing exile*”⁹.

8. Ni el Convenio de Ginebra de 1951 ni su Protocolo Adicional hacen referencia alguna a la figura de la repatriación voluntaria. Si acaso merece atención la vuelta a casa de los refugiados resulta *en sentido negativo*, para evitar, en la medida de lo posible, que ese retorno se produzca sin las garantías adecuadas (*vid.* Artículo 33.1: principio de *non refoulement*).

El Estatuto del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, sí dedica a la repatriación voluntaria algunas disposiciones de interés:

El artículo 1 estipula, entre los cometidos generales del Alto Comisionado “(...) la función de (...) buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados, ayudando a los gobiernos y, con sujeción a la aprobación de los gobiernos interesados, a las organizaciones privadas, a facilitar la repatriación voluntaria de tales refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales”. De igual modo, en el artículo 8. c): “El Alto Comisionado deberá asegurarla protección de los refugiados (...) asistiendo a los gobiernos y a los particulares en su esfuerzo para fomentar la repatriación voluntaria de los refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales”. El artículo 9 limita el papel de la repatriación que dependerá de los límites presupuestarios de la Oficina: “El Alto Comisionado emprenderá cualquier otra actividad adicional que pueda prescribir la Asamblea General, en particular, la de repatriación y reasentamiento de refugiados, dentro de los límites de los recursos puestos a su disposición”.

Aunque *a priori* pudiera parecer que el papel de ACNUR en torno a la repatriación voluntaria no resulta tan relevante, la evolución que ha experimentado la Oficina al respecto nos lleva a afirmar que, en la actualidad, no realiza en exclusiva, actividades de mera asistencia sino de auténtica creación de condiciones para el retorno (*monitoring the safety of returnees and assisting in the reintegration of returnees*). Su función, en conclusión, no sólo ha aumentado en cantidad sino en calidad. Sobre el tema, a nivel doctrinal: ZIECK, M. *UNHCR and Voluntary Repatriation*, *op. cit.*, pp. 82-90. En contra de esta evolución en las competencias de la Oficina: TAKAHASHI, S. «The UNHCR Handbook on Voluntary Repatriation: The Emphasis of Return over Protection», *op. cit.*, p.599.

En el ámbito regional, la Convención de la OUA de 1969 –posterior en el tiempo al Convenio ginebrino y, por tanto, con otra perspectiva respecto al problema de los refugiados a nivel internacional y, de forma especial, en su continente– presta especial atención a la repatriación voluntaria. *Vid.* artículo V.

9. El profesor GOODWIN-GILL se refiere a este concepto al analizar las bondades de la repa-

El sistema de Protección Temporal llevaría implícito un esfuerzo por la resolución de la contienda. En palabras del Alto Comisionado:

“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 in safety. This focus on return as the most likely and appropriated solution (...)”¹⁰.

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 Protección Temporal implicaría una responsabilidad activa para mejorar la situación existente en el país de origen, con el fin de que los desplazados puedan 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 origen¹¹.

trición voluntaria respecto a las otras soluciones duraderas. Esta medida llevaría implícita, así, la responsabilidad de la comunidad internacional en la búsqueda de soluciones al conflicto originario de la afluencia de refugiados. GOODWIN-GILL, G.S. *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 271.

Basándonos en esta misma idea, en el marco de los desplazamientos provenientes de las ex Repúblicas yugoslavas, el retorno suponía algo más que una medida subsiguiente a la acogida internacional. Se trataba de una forma de luchar contra la limpieza étnica origen del exilio (aunque no se lograra del todo, finalmente -véase, *inter alia*, COX, M. «The right to return home: international intervention and ethnic cleansing in Bosnia and Herzegovina», *op. cit.* p. 600). Sin retorno, se institucionalizaba la división.

Es por esta connotación de la repatriación voluntaria que se le ha considerado «the tailpiece of international refugee law rather than as solution of a refugee problem»: ZIECK, M.Y.A. «Voluntary Repatriation: An Analysis of the Refugee's Right to Return to His Own Country», *Austrian J. Publ. Int. L.*, vol. 44, 1992, p. 136.

En los casos de *mass exodus*, el retorno, en una fase previa, puede actuar, además, a modo de dinamizador del propio cambio en las circunstancias en el país de origen, contribuyendo a la consolidación de la estabilidad y la reconciliación nacional. GOODWIN-GILL, G.S. «Voluntary Repatriation: Legal and Policy Issues», en (Loescher, G.; Monahan, L., editores), *Refugees and International Relations*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 255. Idea que viene a confirmar la práctica en el caso de los Acuerdos de Paz en la Ex-Yugoslavia. El artículo 1.1 del Anexo nº 7 afirmaba: “(...)The early return of refugees and displaced persons is an important objective of the settlement of the conflict in Bosnia and Herzegovina (...)”.

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

11. El propio Consejo de Seguridad ha considerado esta medida parte de sus esfuerzos por mantener la paz y seguridad internacionales. Véase *inter alia*, NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad. S/23500 (1992), 31 enero de 1992;

Concluye acertadamente, el Profesor Trujillo Herrera en su análisis sobre la Protección Temporal: «Cabe decir, globalmente, que el sistema comunitario analizado constituye un vehículo idóneo para hacer frente a lo capítulos de afluencia masiva y súbita de personas acaecidos en los últimos

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. 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.

Independientemente de que el retorno suponga una medida en sintonía con las características del sistema de Protección Temporal, no se ha de olvidar que también se trataba de *la condición de su propia existencia*, como nueva normativa a adoptar.

Los Estados miembros habían mostrado serias reticencias en cuanto a la adquisición de nuevas obligaciones jurídicas respecto a las personas desplazadas, más aún si se trataba de flujos masivos. El compromiso del regreso de las mismas, en un plazo relativamente breve de tiempo, paliaba, de alguna manera, la responsabilidad en su acogida. La temporalidad en la admisión y la vuelta a casa, como medida subsiguiente prioritaria, se convertían, así, en *conditio sine qua non* de la viabilidad de la Directiva.

Se repite por tanto, en una suerte de característica intrínseca a los dispositivos temporales, lo que ya ocurrió respecto a los programas de *temporary refuge* o en la acogida brindada a los desplazados del conflicto de la antigua Yugoslavia. También en aquellos casos, la prioridad en el retorno se erigía en la mayor garantía de la propia supervivencia de la protección inicialmente otorgada¹².

3. LAS OTRAS MEDIDAS SUBSIGUIENTES A LA PROTECCIÓN TEMPORAL. REGÍMENES AUTÓNOMOS Y SUCESORIOS A LA DIRECTIVA.

El dispositivo se sabe provisional y con una proyección exterior, esto es, en constante diálogo con un país de origen del que se espera y confía un cambio en breve. Conseguido ese cambio y comprobadas las garantías del regreso, éste se convierte en la opción prioritaria o, aún más, en la solución *natural*, primero con carácter voluntario (se analiza en el primer epígrafe de

años. Se podría discutir su duración, sus beneficios sociales, el concepto de “persona desplazada” utilizado, o sobre una 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.

12. Véase el Capítulo Primero de este trabajo sobre *temporary refuge*.

este Capítulo) y como última *ratio*—a falta de razones que justifiquen la permanencia y cumpliendo con las obligaciones en materia de *non refoulement*—deviene forzoso (se analiza en el segundo epígrafe de este Capítulo).

Respecto al resto de soluciones de continuidad y alternativas a un regreso inmediato, la posibilidad de utilizar el *reasantamiento* a través de los programas de reinstalación con terceros Estados estaba prevista en la *Propuesta de Directiva de 2000* (artículo 23). La atención que mereció a la Comisión se hallaba en sintonía con la evaluación positiva que cabía extraer de su reciente utilización en el conflicto de la ex Yugoslavia.

Sin embargo, a la hora de proceder a la redacción definitiva del texto, la disposición desapareció de la Directiva finalmente adoptada.

Aunque esta ausencia no significa que no puedan arbitrarse programas de reasantamiento *a posteriori* y para el caso concreto, sí demuestra el interés de las instituciones y los Estados en potenciar el retorno como mejor solución duradera en casos de desplazamiento a gran escala¹³.

Asimismo, no se descarta la *permanencia* en el país de acogida pero, sólo como una opción alternativa y excepcional que entraría en funcionamiento una vez se hubieran considerado *determinadas circunstancias objetivas y subjetivas*.

Por un lado, es necesario tener en cuenta concretas circunstancias *objetivas*: en la medida en que no haya sido posible disponer el regreso seguro y duradero de los desplazados (vía artículo 6.1.a), forzar la vuelta a casa resulta imposible por los peligros que entrañaría; en ese caso, se hace imprescindible articular otras soluciones de carácter más o menos permanente (la interinidad no puede prolongarse en exceso). La legislación estatal en materia de protección y extranjería de los Estados miembros podrá, en su caso, ofrecer posibilidades de integración en los países de acogida.

Por otro lado, se ha de atender determinadas circunstancias *subjetivas*: que los desplazados aún sean acreedores de protección internacional (piénsese en aquellos que estén en disposición de solicitar asilo en los Estados miembros) o porque reúnan los requisitos necesarios para permanecer en el país de acogida (permisos de residencia en el marco de la legislación interna de extranjería). En ambos casos, se trata de parcelas ajenas al ámbito de la Direc-

13. En esta evolución que han sufrido las soluciones duraderas, desde la paridad inicial hasta la jerarquía actual, el reasantamiento se ha convertido en la opción menos deseable (en 1994 se considera, en exclusiva, para causas específicas: *vid.* EXCOM, nº 74 (XLV), para. 2), bb). Es considerada en la medida en que resulte imposible no sólo el retorno, sino la propia integración en el país de asilo, es decir, cuando no hay otra forma de garantizar la protección de las poblaciones en peligro.

En todo caso, resulta una pieza imprescindible en el panorama de soluciones duraderas, como así se ha dejado patente en la evolución histórica (desde la experiencia de IRO hasta el conflicto yugoslavo) y en las recientes conclusiones de ACNUR (véase la *Conclusión sobre la Protección internacional de 2001*).

tiva, véase como botón de muestra, la regulación *en remisión* al Derecho interno estatal efectuada por la misma, en su artículo 20.

En suma, pues, será analizado en primer lugar, el regreso de los desplazados como solución natural del dispositivo, en sus dos modalidades voluntaria y forzosa (primer apartado) y, a continuación, las excepcionales posibilidades de permanencia en los Estados de acogida (segundo apartado). Esto último no quiere decir que esa permanencia pueda calificarse, en todos los casos, de “permanente” como sinónimo de indefinida, pues algunas de las soluciones posteriores al dispositivo de la Directiva vuelven a gozar de la cualidad de la temporalidad (piénsese por ejemplo en los modelos de protección temporal nacionales o en las características de la Protección Subsidiaria). De entrada a lo que obliga la Directiva –así cabría sostenerlo a partir del artículo 20 *in fine*–, es a que se establezca un puente entre la finalización de la Protección Temporal europea y la seguridad del regreso, esto es, a una suerte de protección temporal nacional y ello con independencia de otros supuestos excepcionales (la concurrencia de las causas para solicitar asilo, por ejemplo).

Para evitar la ambigüedad de la expresión “medidas subsiguientes” (por su sentido amplio o estricto) y el equívoco al que puede inducir (regreso *versus* medidas duraderas, pues puede darse una “permanencia no permanente”), acaso sea preferible renunciar a la sistematización en derredor de ese término, para hablar, en cambio, del regreso como solución *natural* y elemento que pertenece a la *esencia* de esta concreta institución. Desde luego, podrán existir otras soluciones, bien intermedias y provisionales (protección temporal nacional, entre otras) o bien definitivas y alternativas (asilo o la integración por decisión del país de acogida; etc.). El recurso de la Directiva a la expresión “medidas subsiguientes” o, si se prefiere, el concreto contenido que bajo esta rúbrica se recoge obedece como un pie forzado al hecho de que la norma ha renunciado a comunitarizar la finalización de la protección (esto es, la apreciación de si concurren o no nuevas circunstancias favorables transcurrido el plazo de tres años y la consiguiente financiación), a salvo, claro está, de la garantía de que la vuelta a casa sea segura.

Es importante resaltar que, en todo caso, no se sigue un hipotético orden de *preferencia inexcusable* entre las distintas soluciones apuntadas. Aunque la Directiva postula la prioridad del regreso, sin embargo, esto no significa que se prefiera a las demás alternativas, de tal forma que no pudieran desplegar sus efectos salvo en caso de absoluta inviabilidad del retorno. Con toda probabilidad, las instituciones y los Estados procurarán que así sea (siempre en cumplimiento de las oportunas obligaciones internacionales), sin embargo, se podrán dar casos en que los desplazados, en las mismas circunstancias personales, puedan optar, o bien por participar en un programa de repatriación voluntaria, o bien procurar una forma de integración en el país, a través de la solicitud de asilo u otras formas de protección complementarias, si se consideran merecedores de las mismas.

Como resultado, es imposible acudir a estrategias globales o unívocas. El estudio de las medidas subsiguientes a la Protección Temporal depende, en gran medida, de las cualidades personales y situaciones *ad hoc* que se susciten. La tarea investigadora consistirá, pues, en dilucidar las características jurídicas de cada solución duradera; sin embargo, cuál pudiera ser la opción elegida dependerá, siempre, del caso concreto.

Lo que sí resulta posible afirmar, como premisa de partida, es que el regreso aparece como la medida subsiguiente connatural a la Directiva y, por ello, es la solución que se encarga de regular en su condición de mínimos. Se trataría del regreso inmediato (ya fuera voluntario o forzoso), pues el regreso que podríamos llamar no inmediato (transcurridos los tres años de duración máxima de la Protección Temporal), no resulta comunitarizado.

En segundo lugar, entre las modalidades del regreso, será el voluntario el que se tienda a potenciar; y el retorno forzoso el que se convierta en la última *ratio*.

En este marco es donde el principio de *non refoulement* desplegará sus principales efectos. Dará contenido a las condiciones de la vuelta a casa y actuará a modo de parámetro de control de una medida que, por ser la prioritaria y siempre que pueda llegar a producirse sin la voluntad del desplazado –sin su beneplácito– podría poner en cuestión todo el dispositivo de Protección Temporal.

II. EL REGRESO AL PAÍS DE ORIGEN

1. EL REGRESO VOLUNTARIO O REPATRIACIÓN VOLUNTARIA COMO OBLIGADA FASE INTERMEDIA.

El artículo 21 estipula lo siguiente:

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el regreso voluntario de las personas beneficiarias de la protección temporal o de *aquellas cuya protección temporal haya llegado a su fin (...)*”¹⁴.

Como ya se analizó en el anterior capítulo, el regreso de los desplazados, en virtud del artículo 21, podía adquirir una doble vertiente, a los efectos de la Directiva.

Por un lado, se convertía en *fórmula de cesación anticipada* del régimen (subjética y opcional), en la medida en que los beneficiarios de la Protección Temporal eligieran voluntariamente solicitar la vuelta a casa, antes de la cesación oficial del Consejo. Esta modalidad estipulada en el primer apartado del artículo 21, ya fue estudiada en su momento (Capítulo Quinto de este trabajo).

14. La cursiva es de la autora.

Por otro lado, el regreso voluntario podía resultar un paso necesario y una *medida subsiguiente* a la finalización de la Protección Temporal (en ese caso y, por diferenciarlo del anterior, podríamos llamarlo también, repatriación voluntaria; utilizando la terminología clásica del DIR: como solución duradera del sistema). El segundo apartado del artículo 21 se refiere al retorno de personas cuya protección temporal ha llegado a su fin; por consiguiente, se trata de desplazados que han dejado de ser beneficiarios de la acogida y, en ese caso, resulta el momento procedimental oportuno para poner en práctica la solución considerada prioritaria y preferible¹⁵.

Son los apartados primero y tercero del artículo 21 los dedicados al regreso voluntario y donde se encuentran las obligaciones y potestades estipuladas a los Estados a tal efecto. Estas disposiciones tienen como finalidad crear condiciones para hacer efectivo el carácter provisorio de la Protección Temporal, *restaurando la responsabilidad de los Estados de origen con sus ciudadanos, al tiempo que se garantiza el derecho de las personas desplazadas a volver a su lugar de procedencia en condiciones de seguridad*.

En la medida en que esta repatriación voluntaria se ofrece con posterioridad a la decisión del Consejo de dar por finalizada la Protección Temporal, ello significa que ya se ha comprobado, con carácter previo, la existencia de determinados cambios en el país de origen que posibilitan la puesta en marcha de un retorno seguro y duradero para los desplazados. En estas condiciones cabría iniciar el regreso de los exiliados –dejando a salvo las excepciones contempladas por la norma (*v.gr.*, artículos 22.2 y 23 de la Directiva)–, aún sin contar con el beneplácito de los mismos.

Si, efectivamente, se dan estos requisitos, ¿qué sentido tiene, pues, brindar esta especie de *interim* potestativo para los beneficiarios, entre la finalización de la protección, bien por decisión del Consejo (artículo 6.1.b), bien por expiración del plazo, y el retorno forzoso (artículos 22 y 23 de la Directiva)?

¿Por qué incluir una fase intermedia que se incoa a iniciativa de los Estados y que ha de contar con la voluntad expresa de los desplazados cuando, dictado un *safe return*, la voluntad positiva o negativa hacia la vuelta a casa pierde gran parte de su relevancia en el proceso? Razones de índole práctica y de consideración a la dignidad de la persona pueden, entre otros factores, haber avalado la necesidad de incentivar y fomentar el regreso voluntario, antes que recurrir a la coacción.

15. *Vid. Propuesta de Directiva de 2000*. Comentarios al artículo 21.1, p. 23.

Considerar la repatriación voluntaria como la opción prioritaria y preferible ha sido una constante en los antecedentes normativos de la Directiva. Tanto en la *Propuesta de Acción Común de 1997* como la modificada de 1998, se alentaba a conceder preferencia a la repatriación voluntaria a la hora de organizar el retorno (artículo 4 *in fine*).

Nos interesa destacar la utilización del término “repatriación voluntaria” que, con posterioridad, será sustituido por el de regreso voluntario (artículo 21 de la *Propuesta de Directiva de 2000* y Directiva actual).

Lo cierto es que la propia norma abre una fase intermedia obligatoria entre la decisión de cesación del Consejo (o el mero transcurso del plazo) y el posible regreso forzoso, en la que, además, habrá oportunidad de dilucidar las condiciones personales de aquellos desplazados que las hagan valer, al objeto de acogerse en su caso a algún otro estatuto de protección.

Piénsese que el artículo 20 dispone que, una vez finalizada la Protección Temporal, se aplicará el *derecho general en materia de protección y de extranjería en los Estados miembros*; y que, en virtud del artículo 22, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar el regreso forzoso de las personas cuya protección haya llegado a su fin y *que no puedan optar por la admisión*.

Por todo lo anterior, no cabe retorno forzoso sin una fase o etapa previa y necesaria de regreso voluntario, en la que, por lo demás, habrá ocasión u oportunidad de hacer valer aquellas situaciones o condiciones subjetivas que impidan el regreso. En este intervalo se procederá a una diferenciación entre los anteriores beneficiarios de la acogida, los cuales, en función de sus circunstancias personales, podrán optar por diferentes soluciones alternativas al regreso (solicitud de otras formas de protección, como por ejemplo, el asilo que, en virtud del artículo 17.2 de la Directiva hubiera quedado en suspenso o ni siquiera se hubiera incoado; amparo en otros estatutos en virtud de la normativa interna del Estado; demostrar que se halla entre aquellos excluidos de la repatriación forzosa...).

En el transcurso de esa fase interina, la Directiva ofrece una *solución de consuno (en la medida en que va dirigida a todo el colectivo por igual) y alternativa* a estas demandas, pues no cabe la compatibilidad entre una y otra (no sería posible comenzar un procedimiento de determinación del estatuto de refugiado, al mismo tiempo que se participa en un programa de repatriación voluntaria, ni a efectos prácticos ni teóricos).

De hecho la ausencia de compatibilidad llevaría aparejada un objetivo adicional en la incorporación de la repatriación voluntaria como medida subsiguiente al sistema. La obligada elección podría tener la cualidad de reducir las posibilidades de integración en el país de acogida; eventualidad que la Comisión no tiene reparos en confirmar:

En la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Acción Común de 1997*, se insistía en la necesidad de dar prioridad a la repatriación voluntaria, una vez se estuviera en disposición de organizar el retorno de los desplazados (artículo 4 *in fine*). La Comisión, en un intento de dar contenido a la citada prelación, afirmaba lo siguiente:

“El último párrafo del artículo hace hincapié en la preferencia que ha de concederse al retorno voluntario, ya que es con mucho, la opción menos complicada y más humana. De este modo, las administraciones nacionales no tendrán que trami-

tar solicitudes de asilo “de última hora” y los interesados podrán planificar ellos mismos su regreso (...)”¹⁶.

Se trataría, pues, de una fase *amable* (por lo que tiene de contar con la voluntad del desplazado y su propia colaboración en el desarrollo de la misma), que podría tener la cualidad de conseguir un retorno más *lasting and sustainable*¹⁷; cuyo atractivo animaría a desistir a los desplazados de medidas de integración (asilo y otras); y se desarrollaría con carácter previo a un retorno forzoso que la norma de Derecho derivado pretende que sea la última *ratio*; la medida más extrema (socialmente es más perjudicial y traumática, por no decir judicialmente costosa) y, por ello, la ulterior en consideración.

Esta repatriación voluntaria como *solución de conjunto y alternativa a la integración* resulta imprescindible que se haga concomitante con las obligaciones internacionales en la materia. Se han de extremar las precauciones para que el incentivo o el fomento del regreso no se produzca de un modo tal que haga en la práctica inefectivo el derecho de asilo o la invocación de cualquier otra circunstancia subjetiva digna de tutela jurídica.

El *principio de non refoulement*, como veremos a continuación, seguirá informando toda la materia.

A. LAS OBLIGACIONES INELUDIBLES PARA LOS ESTADOS RESPECTO AL REGRESO VOLUNTARIO. EL NÚCLEO IRREDUCTIBLE.

En virtud del artículo 21.1, la Directiva obliga a los Estados a hacer del regreso voluntario una opción posible. No se trata de una disposición que deje a merced de la voluntad soberana la transposición de tal medida a su ordenamiento; muy al contrario, los Estados *deben* adoptar una determinada normativa interna respecto a este tipo de retorno, convirtiéndose así, en la primera obligación positiva de los Estados.

En esa transposición han de atender a los parámetros mínimos que dicta la norma de Derecho derivado: en primer lugar, el regreso voluntario ha de regularse de forma que respete *la dignidad humana*. Y, en segundo lugar, los Estados están obligados a cerciorarse de que la decisión de regreso se adopta *con conocimiento de causa* por parte de los desplazados. En concreto, el artículo 21.1 estipula:

“(…) Los Estados miembros velarán por que las disposiciones que rijan el regreso voluntario de las personas acogidas a la protección temporal faciliten el regreso dentro del respeto de la dignidad humana;

16. *Propuesta de Acción Común de 1997*, Exposición de Motivos, para. 20.

17. ACNUR. *Handbook Voluntary Repatriation: International Protection*, *op. cit.*, para. 2.3. En el caso de la repatriación voluntaria posterior a la Protección Temporal, la característica sería extrapolable.

Los Estados miembros velarán por que estas personas adopten la decisión del regreso con conocimiento de causa. Los Estados miembros podrán contemplar visitas exploratorias”.

Ambos requisitos se convierten, de esta forma, en el mínimo común denominador para todos los Estados miembros; en el núcleo irreductible de toda repatriación voluntaria; y, en definitiva, no vienen sino a ser coadyuvantes del *principio de non refoulement*¹⁸.

Lo que sí resulta potestativo para los Estados es *determinar el estatuto jurídico del que dispondrán los desplazados*, entre tanto se ponga en marcha y desarrolle el programa de repatriación voluntaria.

Tal y como se analizó en el capítulo anterior, con motivo de la cesación del régimen de Protección Temporal se ponía fin, igualmente, a los derechos adquiridos por los beneficiarios de la acogida (artículos 8 a 19 de la Directiva). En consecuencia, prima *determinar el estatuto jurídico de los desplazados*, bien hayan optado por solicitar fórmulas de integración o permanencia (se analizarán en el epígrafe final del capítulo), bien hayan resuelto participar en un programa de repatriación voluntaria.

A este respecto, la Directiva regula, en exclusiva, lo referente al estatuto de los desplazados que hubieran optado por la repatriación voluntaria. El artículo 21.3 estipula lo siguiente:

“Al final de la Protección Temporal, los Estados miembros podrán establecer la ampliación, a título personal, de las obligaciones contempladas en el capítulo III, a personas que, habiéndose acogido a la protección temporal, participen en un programa de regreso voluntario. Esta ampliación surtirá efecto hasta la fecha del regreso”¹⁹.

Como puede comprobarse, la ampliación de las obligaciones estatales respecto a los exiliados resulta del todo *facultativa*. El Estado miembro adquiere, así, una potestad discrecional sobre sus acogidos, por lo que respecta a los derechos de los que han venido disfrutando hasta el momento. La enmienda en contra por parte del PE no consiguió el efecto deseado²⁰.

18. Recuérdese, no obstante, que el artículo 26 del *Reglamento español sobre el régimen de protección temporal* se limita a garantizar el regreso sin referencia alguna a la dignidad o el conocimiento de causa.

19. La cursiva es de la autora.

20. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva del Consejo*, enmienda nº 30: redacción que proponen al artículo 21. 3: “Al final de la protección temporal, *seguirán en vigor* las obligaciones contempladas en el capítulo III (...)”.

Se manifestaron en el mismo sentido, *inter alia*: ECRE e ILPA. ECRE. *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing* (enero 2001), p. 10. ILPA. *Response to Proposed EC Directive on minimum standards of temporary protection*, p. 17.

Acaso sea ese debate lo que explique el hecho de que la Directiva, en términos formales, disponga algo por demás obvio, a saber: que los Estados pueden completar al alza las normas mínimas que aquélla establece. No es, pues, que la Directiva le atribuya al Estado la competencia o potestad para regular en más la continuidad en la titularidad y pleno ejercicio de los derechos de los beneficiarios de la protección temporal. Es, sencillamente, que al no asumir esa "porción" de soberanía nacional (artículo 93 C.E., en nuestro caso), el Estado sigue teniendo libertad para su regulación.

Por lo demás, la expresa remisión que la Directiva hace del problema de la continuidad de los derechos de los beneficiarios de la Protección Temporal a lo que dispongan los Estados miembros o, dicho de otro modo, la resistencia por parte de la Comunidad a comunitarizar esta capital cuestión y diferirla a los respectivos legisladores nacionales, supone, desde luego y por de pronto, que la financiación de tales derechos y prestaciones sociales será a cargo de cada uno de los Estados. Por otra parte, y ello es importante notarlo, aun cuando sea descabido que la norma nacional de transposición de esta Directiva regule el problema, no ha de olvidarse que el Derecho interno de los Estados miembros (Estados sociales y de Derecho) impediría entender que, por el mero hecho de que el ordenamiento comunitario haya renunciado a su regulación, los beneficiarios dejaran de disfrutar sin más y automáticamente de los derechos que les asistían (alojamiento, asistencia médico-sanitaria, contratos de trabajo en vigor, educación, etc.; otra consideración podrían tener por ejemplo los derechos a la reagrupación familiar). Ante el eventual silencio de las normas de transposición, habrá que estar a la normas generales de cada Estado (sobre la universalidad de las prestaciones sanitarias; del derecho a la educación obligatoria; etc.). En realidad, pues, lo que, en su caso, cambiará en principio no será el estatus o patrimonio jurídico de los beneficiarios, sino, nótese bien, quién lo paga.

La primera consecuencia que cabe extraer de esta disposición normativa diverge del principal objetivo de toda Directiva, este es, de la armonización legislativa. Efectivamente, la norma de Derecho derivado en su regulación de mínimos tan limitados y al permitir ese margen de apreciación estatal conllevará divergentes normativas internas, una vez se transponga la Directiva y, en consecuencia, una previsible diferenciación en el trato procurado a los desplazados, en función del país que se considere.

Si el Estado establece alguna norma expresa sobre la continuidad de los derechos (en ningún caso sería posible dejar a los desplazados en una especie de *limbo* en espera de que concluyan los preparativos y el desarrollo del programa de repatriación), ante el espacio que deja el artículo 21.3 será a *título personal*, como especifica. De entrada, esto significa que su resolución no debe afectar a la de otros Estados miembros; únicamente resulta vinculante para aquel que así lo haya determinado.

Por otro lado, y como ya avanzábamos, esta estipulación podría llevar aparejadas mayores consecuencias:

En virtud del artículo 24, las medidas contempladas en la Directiva se benefician del Fondo Europeo para los Refugiados (FER), programa de asistencia financiera que se ha erigido en la fórmula comunitaria del principio de reparto de responsabilidades –o *burden sharing* en su más conocida versión inglesa–. En la medida en que la decisión es individual y a título personal induce a pensar en la ausencia de financiación con cargo al Fondo y, por tanto, con miras a ser sufragado por las arcas nacionales. Esta exclusión de la financiación comunitaria puede generar un importante gravamen para el Estado dadas las características del estatuto reconocido en el capítulo III de la Directiva y, en función del número de acogidos que hubiera en su territorio.

Si bien es cierto que la no financiación comunitaria podría llevar a desviaciones prácticas del sistema y, más en concreto, a que la aplicación del *regreso voluntario resultara en exceso expeditiva*, además de las garantías que ya establece la Directiva, las Constituciones nacionales (recuérdese que la nuestra se apoya, al igual que la alemana, artículo 3.1, en la dignidad de la persona, artículo 10) y los ordenamientos internos europeos, impregnados de los principios del Estado social y democrático de Derecho, no autorizarían un recorte contrario a tales principios por el mero hecho de no contar con fondos comunitarios.

En síntesis, a nuestro juicio, hubiera sido deseable que la Directiva, en lugar de renunciar a su regulación, hubiera previsto una prórroga expresa del estatuto, a fin de garantizar, con plena certidumbre, unos mínimos comunes en todo el territorio europeo. Ahora bien, de esta opción comunitaria, y al margen de las explicaciones o motivaciones que pudieran asistirle, no se sigue en modo alguno, antes al contrario, que los beneficiarios queden desprotegidos y sin continuidad en el disfrute de los derechos.

Con todo, no parece que este tema pueda plantear graves problemas en relación a la continuidad del régimen de derechos cuando el regreso se va a producir en un plazo razonable. La cuestión surge, más bien, cuando ese regreso no es posible, por inseguro. En tal caso, y en la medida en que la Comunidad por medio de esta Directiva (artículo 20 *in fine*), se remite a los respectivos ordenamientos nacionales, y ha renunciado a su regulación, serán los Estados los que, en los términos que tengan por conveniente (en relación a sus respectivas normas fundamentales y Derecho internacional), establezcan las fórmulas de protección y los derechos que asisten a los desplazados.

B. EL RESPETO DE LA “DIGNIDAD HUMANA” EN EL MARCO DE LA REPATRIACIÓN VOLUNTARIA Y SU RELACIÓN CON LA VOLUNTARIEDAD.

El respeto a la dignidad humana es un requisito que ya había sido objeto de análisis con motivo del estudio del regreso voluntario, como fórmula subjetiva y opcional de cesación de la Protección Temporal (Capítulo Quinto de esta trabajo). En aquella ocasión, considerábamos que se trataba de una obli-

gación de procedimiento a exigir al Estado que va a hacer efectivo el regreso de los solicitantes más que una condición sustantiva a observar, de igual forma, por el país de destino.

La razón que aducíamos se basaba en el siguiente razonamiento: no parecía posible exigir como requisito para la utilización del regreso voluntario unas determinadas condiciones garantes de la dignidad humana de los retornados, en el Estado de origen, cuando aún ni siquiera se había adoptado una decisión en el seno del Consejo –quien tiene la autoridad para ello–, sobre tales términos. El retorno se producía a instancia de los beneficiarios de la protección, no de los Estados o las instituciones y esta iniciativa podía conllevar un *riesgo*.

Por consiguiente, garantizar la dignidad se convertía en una obligación de procedimiento que se materializaría en el mismo proceso de retorno (garantizando la no discriminación, procurando atender a las necesidades básicas de los retornados, etc). Puesto que gozan de un notable margen de apreciación, lo relevante es que habría de satisfacerse tal finalidad en cualquier caso.

Con objeto de la repatriación voluntaria, como medida subsiguiente a la Protección Temporal, la dignidad en el retorno debe estribar, necesariamente, con los requisitos del *safe and durable return*, fundamento de la decisión de cesación del Consejo.

Nos encontramos en una fase diferente, en la cual se considera que ya se han producido los cambios suficientes en el país de origen como para procurar el regreso seguro y duradero de los desplazados. Por lo tanto, se cuentan con mayores garantías con las que ha de imbricarse el concepto de dignidad.

El principio de respeto o conformidad con la dignidad humana que luce en el precepto regulador del regreso, sin que pueda encerrarse en una fórmula, puede presentar una doble dimensión: de fortalecimiento de las garantías ya existentes en la materia (voluntariedad, información, no devolución), de un lado, y un significado propio y específico, que no se solapa ni confunde con esas garantías, de otro.

Por lo que se refiere a este último aspecto, no se tratará, en exclusiva, de atender unas obligaciones de procedimiento sino que la dignidad, respecto a la repatriación voluntaria, va a suponer un *plus*, obtiene un contenido más sustantivo que ha de relacionarse con las garantías de protección de los derechos fundamentales en el país de origen o, en definitiva, la ausencia de los peligros que se encuentran en la fuente del desplazamiento. Desde este punto de vista, la obligación resulta de los países miembros pero entronca con las características singulares del país de origen. Recuérdese que, hasta el texto finalmente aprobado, la dignidad se predicaba siempre, en los trabajos preparatorios, del *regreso seguro*. Este debía ser, en efecto, además de seguro, digno. En ese sentido, cabe pensar que el principio de conformidad con la dignidad humana añade algo distinto, algo más que lo que la seguridad conlleva. Al menos por hipótesis podría pensarse en un regreso que, aunque seguro (no

atentatorio de la integridad física o moral, por ejemplo), resultase, sin embargo, contrario a la dignidad humana.

No es posible, con todo, y como ocurre con tantos otros grandes valores fundamentales, delimitar *a priori* y de una vez por todas el contenido que puede desplegar el principio. Además de ser un intento vano, supondría un empobrecimiento de su potencialidad y posibilidades de irradiación, siendo así que con su positivación no se le ha querido circunscribir o atar a un concreto y único presupuesto de hecho. Baste por ello con apuntar que, en su resultado final, el regreso ha de ser digno, y no sólo seguro, como principal y primera dimensión del principio.

En un segundo plano, y como ya se ha adelantado, el respeto a la dignidad humana que consagra la Directiva sirve para fortalecer e impregnar las garantías ya existentes, con la que tan entrelazada se encuentra.

La finalidad última de todo proceso de repatriación voluntaria –o de cualquier otra medida que conlleve la salida del país de acogida– tiene que ser compatible con la principal de las obligaciones internacionales al respecto, el *principio de non refoulement*. En este caso, desde el momento en que la iniciativa de poner en marcha un proceso de repatriación voluntaria es estatal y, a pesar de que ha de contar con la voluntad positiva del desplazado, exige dar perfecto cumplimiento a la prohibición de no devolución, tanto en su versión ginebrina (artículo 33 convenio de 1951), como en la versión ampliada europea (artículo 3 CEDH).

En definitiva, todas las obligaciones positivas de los Estados respecto a la repatriación voluntaria *han de leerse bajo el prisma del principio de no devolución*; se pretende que la repatriación voluntaria no sea de ninguna manera una expulsión encubierta que pudiera suponer una amenaza para los exiliados²¹.

El hecho de que se requiera una decisión positiva por parte del desplazado para iniciar un programa de repatriación voluntaria, no exime de sus obligaciones a los Estados en tanto que precursores del dispositivo. Sin embargo, *la voluntariedad* adquiere, por sí misma, una entidad desconocida hasta este momento.

En el retorno voluntario como fórmula de cesación concluimos que el requisito de la voluntariedad carecía de relevancia, desde el instante en que el deseo positivo del desplazado hacia la vuelta a casa quedaba completamente garantizado en la medida en que era él, en exclusiva, quien podía incoar el procedimiento.

21. La necesidad de impedir que las personas retornen a un entorno peligroso o en el que no estuvieran garantizadas las condiciones de habitabilidad lleva al PE a incluir una enmienda, en virtud de la cual, la decisión que garantizara la seguridad física, jurídica y los derechos fundamentales de los retornados, debería basarse en las evaluaciones y recomendaciones de ACNUR y otras organizaciones internacionales. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva del Consejo*, enmienda nº 29, p. 19.

Tampoco considerábamos que formara parte de las condiciones que el Consejo debiera observar como supuesto componente del concepto de “regreso seguro y duradero”. Tras algún debate doctrinal, se estimaba posible adoptar una decisión de cesación del régimen con base en consideraciones que no necesariamente tuvieran que ver con la voluntad del desplazado y, ello, sin infringir las obligaciones internacionales al respecto.

Así las cosas, volvemos a estudiar el requisito de la voluntariedad, esta vez, en un contexto diferente, tras la finalización de la Protección Temporal, lo que aportará al concepto nuevas perspectivas.

En la medida en que existan beneficiarios de la protección que pudieran estar en disposición de solicitar nuevos estatutos de protección; esto es, desde el momento en que nos pudiéramos encontrar con potenciales refugiados (en el sentido literal de Ginebra), que aún no hubieran tenido la oportunidad de dar curso legal a sus expedientes; teniendo en cuenta que son los Estados los que proponen la repatriación voluntaria; tomando en consideración todas estas posibilidades, cualquier programa de repatriación voluntaria que fuera alternativo a otras peticiones de integración habría de contar con la voluntad expresa del desplazado. De lo contrario podría infringirse el *principio de non refoulement*.

De esta manera, es el exiliado quien *opta* por volver a casa; renuncia a otros posibles derechos y, por tanto, su expreso consentimiento exime de responsabilidades al Estado que hubiera debido garantizar el derecho a solicitar asilo, entre otros.

En la medida en la que la voluntariedad supone la renuncia a una posible fórmula de integración (ya sea porque la persona aún conserva motivos para el temor a la persecución o pueda adquirir algún estatuto en función de las normas de extranjería), adquiere una relevancia a considerar en el proceso y una garantía de ausencia de vulneración de obligaciones internacionales por parte de los Estados que inician el programa.

Otra cuestión será en qué condiciones se ofrezca la repatriación voluntaria. La decisión del desplazado ha de ser adoptada con conocimiento de causa, como veremos en el siguiente apartado, y llenar ese concepto de contenido dependerá de los Estados que, así, pondrán a prueba su intención de dar correcto cumplimiento a toda exigencia jurídica al respecto y *evitar retornos prematuros*.

Tras la puesta en contexto de la voluntariedad en el caso de la repatriación voluntaria, consideramos que los extensos debates en torno a esta cuestión podrían venir heredados de la repatriación voluntaria de refugiados.

En ese área, la voluntad de aquel que ha superado un procedimiento de determinación individual, y que puede haber vivido durante años en el país de refugio vendría a sustituir el propio proceso de cesación del régimen (artículo 1. C del Convenio de Ginebra), en la medida en que participe en un programa de repatriación voluntaria. Es por ello por lo que, en este caso, la polémica está servida y se hace imprescindible extremar las garantías.

En nuestro caso, y salvando las distancias en otros aspectos, la cesación del régimen ha de producirse con anterioridad, con lo que ello conlleva de determinación de los cambios suficientes en el país de origen y, además, todos los requisitos han de entroncar con el concepto de *safe return* y, por tanto, con el principio de *non refoulement*.

Establecido el carácter de dicho requisito en el marco de la repatriación voluntaria del artículo 21 de la Directiva, resta añadir que no se trata simplemente de conseguir el beneplácito de los desplazados, con su afirmación personal *estricto sensu*. La voluntariedad entraña obligaciones positivas para los Estados: garantizar una elección libre en ausencia de toda presión física, psicológica o material supondrá acciones que se han de materializar en el caso concreto²².

El requisito de la dignidad en el regreso, la voluntariedad y la información sobre dicho regreso –que ahora estudiaremos–, se entremezclan en una suerte de imbricación sin que cada uno tenga sentido por sí solo, o sea posible garantizar, sin atender al otro. Esas obligaciones positivas a las que hacemos referencia respecto de la voluntariedad se verán cumplidas también en la medida en que se atienda a la correcta aplicación del principio de la dignidad en el regreso y el de la información sobre el mismo: las obligaciones ineludibles de los Estados.

C. LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE GARANTIZAR QUE LA DECISIÓN DE REGRESO ES ADOPTADA CON “CONOCIMIENTO DE CAUSA”: LA ADECUADA INFORMACIÓN SOBRE LA VUELTA A CASA *VERSUS* INDUCCIÓN AL RETORNO DE LOS DESPLAZADOS.

Según el último párrafo del artículo 21.1 de la Directiva:

“(…) Los Estados miembros velarán por que estas personas adopten la decisión del regreso con conocimiento de causa. Los Estados miembros podrán contemplar visitas exploratorias”²³.

Como anunciábamos al término del anterior epígrafe, proporcionar una adecuada información resulta una de las obligaciones imperativas para los Estados y, en la medida de su correcta aplicación, asistirá al requisito de la

22. Se utilizan las palabras del Alto Comisionado respecto al significado de la voluntariedad en la repatriación de refugiados. Consideramos que es posible la traslación. ACNUR. *Handbook Voluntary Repatriation: International Protection*, *op. cit.*, para. 2.3

23. En el proceso de redacción de la norma, el Consejo de Europa hacía una recomendación en términos similares: “Member states should facilitate, through all available means, the voluntary return of persons whose temporary protection comes to an end. The decision by such persons to return must be well-informed. Where appropriate, the possibility of visiting the country of origin should be envisaged”. CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. *Recomendación nº R (2000) 9 on temporary protection*, 3 de mayo de 2000, recomendación nº 12 del texto.

dignidad en el regreso y, en última instancia, al adecuado cumplimiento del principio de *non refoulement*.

El hecho de proporcionar un informe apropiado sobre todos los factores que rodean a la decisión del retorno supone un elemento de enorme influencia en el proceso de toma de decisión. Dadas las características singulares del caso que nos ocupa (desplazados forzosos que han huido de importantes factores de riesgo y que temen volver a sufrir las mismas circunstancias; que, además, han vivido el exilio; la responsabilidad respecto de la vida de esos desplazados por parte del Estado, etc.), garantizar el conocimiento de causa no resulta cuestión baladí sino, antes al contrario, una exigencia que pudiera servir de *medida de control* de todo el proceso de repatriación voluntaria. Sólo podrá tener ese carácter si la decisión de adoptar teniendo en cuenta que se barajan todos los datos en cuestión, sin ningún atisbo de inducción a un retorno no deseado.

En ese sentido, se considera del todo determinante, no sólo el *contenido* de la información sino también, la *forma de transmisión* de la misma y a ambos extremos nos vamos a dedicar en las próximas líneas. Sin embargo, la Directiva sólo se refiere a este último término y a modo de ejemplo, en la referencia a la posibilidad de contemplar visitas exploratorias.

Resulta, sin embargo, del todo fundamental, proporcionar un contenido aséptico, veraz y completo de la información sobre el país de origen, y que los medios de transmisión de la misma —ya sean visitas organizadas al país u otros— sirvan a su cometido principal, este es, abundar en la voluntariedad y seguridad de la vuelta a casa, evitando así, las tentaciones de disuasión o —en el peor de los casos— inducción a un retorno no deseado.

A. EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN.

En primer lugar, se ha de analizar la potencial extensión de la información a proporcionar aunque no se hayan apuntado sus contenidos mínimos.

En la medida en que la información ha de articularse con la dignidad y, en último término, con el principio de no devolución, ésta debería versar sobre todos aquellos contenidos que garanticen los extremos de un retorno seguro y duradero. Para dar respuesta a esta cuestión, estimamos que se ha poner en conocimiento al desplazado sobre cuatro supuestos mínimos:

¿Cuáles son las condiciones existentes en el país de origen?;

¿Cuál va a ser el contenido y puesta en marcha del Programa de Repatriación Voluntaria?;

¿Cuáles son las posibilidades de permanencia en el país de acogida?; y, por último

¿A qué lugar van a ser devueltos?

Todas van a tener por objeto evitar que el regreso se produzca de forma involuntaria o basado en la ignorancia, lo que, en último término, se conver-

tiría en una repatriación forzosa velada y, por tanto, contraria al principio de *non refoulement*.

Un retorno con conocimiento de causa ha de contar en primer lugar, con una exhaustiva información sobre las condiciones que rodean al país de origen. Si ya se ha producido una decisión del Consejo en virtud del artículo 6.1.b de la Directiva —cuyo fundamento se basa en la comprobación de que la situación en el lugar de procedencia permite, de forma duradera, el regreso seguro de los beneficiarios de la Protección Temporal—, el desplazado puede contar con los términos de la citada decisión y su fundamento jurídico.

En la medida en que la Protección Temporal haya cesado, no por esta vía sino por la propia extinción del plazo de duración (artículo 6.1.a de la Directiva), los Estados habrán de proceder a dar pronta explicación de las posibilidades del regreso seguro y duradero si quieren organizar un programa de repatriación voluntaria, pues en este caso (transcurso de los tres años sin cambio en las circunstancias del país de origen), se han de extremar las precauciones. Se trata de una garantía de resultado que le corresponde al Estado satisfacer.

En todo caso, han de conocer el grado de reformas institucionales, políticas, o de otra índole que garanticen que los motivos de la huida no han de volver a producirse (nos remitimos, para ello, al contenido del concepto de regreso seguro y duradero ya analizado en este trabajo: Capítulo Quinto). No obstante, la información sobre el país de procedencia aún podría ser mayor, y así se pretendió en la práctica estatal respecto de los desplazados kosovares.

Así, cabe destacar la *Acción Común, de 26 de abril de 1999*²⁴, en función de cuyo artículo 5 —dedicado a la repatriación voluntaria—, pretendió financiar proyectos para:

- (...) 1. a) recogida y difusión de información sobre todos los aspectos de la repatriación, incluida la situación económica y administrativa del país de origen, oportunidades de empleo, derechos de propiedad y otros asuntos jurídicos;
- b) servicios de asesoramiento tanto para las personas que no hayan decidido si van a regresar voluntariamente a su país de origen como para aquella que, en principio, ya hayan decidido regresar; (...)
2. Como componente de un proyecto integrado para facilitar la repatriación voluntaria y, en particular, si cubre uno o más de los ámbitos mencionados en el apartado 1, también podrán solicitar financiación para lo siguiente:
- gastos de transporte ocasionados por la repatriación;
 - medidas de ayuda a la reintegración en el país de origen de personas repatriadas procedentes de los Estados miembros, incluido el seguimiento posterior a la repatriación”.

24. Adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE, por la que se establecen proyectos y medidas de ayuda para la acogida y repatriación voluntaria de refugiados, personas desplazadas y que buscan asilo, incluida ayuda de emergencia a las personas que han huido como consecuencia de los recientes acontecimientos de Kosovo. *DOCE* nº L 114 de 1 /05/1999, pp. 0002-0005.

Resulta llamativa la información del país de origen contemplada en el apartado 1.a); lo suficientemente completa como para permitir adoptar una decisión con conocimiento adecuado de la situación del Estado, para lo que, además, contarán con asesoramiento personalizado.

En la actualidad y como medida de apoyo financiero del dispositivo de Protección Temporal, se cuenta con el Fondo Europeo de Refugiados (analizado más en profundidad en el siguiente capítulo de este trabajo). En la Decisión que lo regula también se disponen medidas con objeto de crear o mejorar las condiciones que permitan a los refugiados y personas desplazadas que así lo deseen con pleno conocimiento de causa abandonar el territorio de los Estados miembros y volver a su país de origen (Considerando nº 7). Así, el artículo 4 dispone medidas destinadas a:

“(…) la repatriación, en la medida en que los interesados no hayan adquirido una nueva nacionalidad ni salido del territorio del Estado miembro (...) las acciones podrán referirse, en particular, a la información y servicios de asesoramiento relativos a los programas de regreso voluntario y a la situación en el país de origen o a acciones de formación general o profesional o también acciones de formación profesional y de ayuda a la inserción”.

La información, en este caso, no se especifica en términos tan precisos como en el instrumento anterior, no obstante, es de esperar que contemple extremos similares.

Las condiciones en que se desarrolle el *programa de repatriación* también pueden arrojar muchas luces a este respecto. No sólo por lo determinante de la colaboración del país de origen —aspecto que aportaría cualificados datos en torno a su disposición para el efectivo logro de los cambios necesarios para el retorno—, sino también porque la implicación del programa de repatriación en la propia reconstrucción del país y reintegración del desplazado facilitaría en gran medida la adopción de la decisión de volver.

De la misma forma resultará imprescindible conocer las posibilidades de permanencia en el país de acogida. El antiguo beneficiario de la Protección Temporal aún puede ser acreedor de protección internacional, en virtud de otras normas; saberlo también se considera una cuestión de mínimos.

Quisiéramos finalizar este apartado incidiendo en la última de las cuestiones suscitadas y que nos parece de interés resaltar, no sólo por la importante atención que ha merecido últimamente por parte de la doctrina y las organizaciones implicadas en los problemas de desplazamiento, sino también porque opinamos que resulta uno de los datos que debiera considerarse como contenido mínimo en la información a proporcionar al desplazado. Nos referimos, en concreto, *al lugar al que van a ser devueltos*.

De entrada pudiera parecer una cuestión trivial, pues cabe extraer de las distintas disposiciones de la Directiva —por no hablar de la lógica del sistema—, que los desplazados vuelven a su *“país de origen”*. No obstante, existe

una importante distancia (no sólo conceptual sino física) entre conceptos como país de origen (término utilizado por la norma comunitaria), región de origen, lugar de residencia habitual, *home*.

En ese sentido, cabe preguntarse si los desplazados pudieran ser devueltos a otro lugar dentro de su propio país de origen aunque éste no fuera su hogar anterior en el supuesto de que éste siguiera siendo una amenaza para sus anteriores habitantes. En los tres años de duración máxima de la acogida temporal pudiera haberse conseguido la eliminación de las causas del exilio en parte del país, pero no en su totalidad, por lo que pudiera plantearse la posibilidad de retorno a esa zona en la que existen garantías de seguridad.

La obligación que han adquirido tanto Estados como instituciones resulta respecto de la vuelta a su país de origen, sin mayor especificación, ¿cabría, pues, reubicarlos en otro lugar de este mismo país en la medida en que éste haya devenido seguro para los desplazados?

Consideramos que este extremo ha de ser puesto en conocimiento por los Estados en el conjunto de la información a proporcionar, pues puede resultar del todo relevante a la hora de la toma de decisión del regreso, excepción hecha de la dificultades jurídicas que el tema en sí mismo suscita y a las que nos referimos brevemente en las siguientes líneas.

Si bien, en un principio, respecto a las soluciones duraderas en el marco del asilo se recomendaba que:

“(...) se debía proceder a la repatriación de los refugiados únicamente en virtud de su deseo libremente expresado (...) *preferiblemente al lugar de residencia del refugiado* en su país de origen (...)”²⁵

En el ámbito de la Protección Temporal, probablemente debido a sus características, las manifestaciones al respecto han adquirido otro tono:

“If return to the former place of habitual residence is not possible, a person can only reasonably be expected to return to a part of the country where he or she would enjoy safety and dignity (...)”²⁶.

Sin embargo, la búsqueda del delicado equilibrio entre el derecho a volver a casa del desplazado en condiciones de seguridad y la lucha contra las divi-

25. EXCOM, nº 40 (XXXVI), de 1985 (36 periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), párrafo b). La cursiva es de la autora.

Se manifiesta en los mismos términos *la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984*, para. 12.

A favor de la reubicación de refugiados en la doctrina, *vid, inter alia*: HATHAWAY, J.C. “The Meaning of Repatriation”, *op. cit.*, pp. 556-558. El mismo autor recoge la opinión contraria de otros autores en su artículo (página 557, nota nº 10). Resulta suficientemente descriptiva la frase del Profesor Warner: “(...) repatriation means return to home, not merely return to the country of origin (...)”.

26. ACNUR. Standing Committee. *Progress Report on Informal Consultation on the Provision of International Protection to All Who Need It*, EC/47/SC/CRP.27, 30 mayo 1997, para. 4, o).

siones étnicas o de otra índole que se hallan en el origen de algunos conflictos resulta muy difícil de fijar *a priori*. A menudo las posibilidades de resolución de los mismos se basan precisamente en la perpetuación de la escisión de la población que sólo podrá conseguir garantías de seguridad en la región asignada, en función de su religión, raza, étnia, etc. Ello supondría la reubicación interna de sus previos ciudadanos que, de esta manera, no tendrían garantizada la vuelta a sus hogares, con la consabida perpetuación de la división étnica origen del conflicto.

La conflagración en la antigua Yugoslavia resulta un claro exponente de la dicotomía entre la búsqueda de seguridad para los desplazados y la lucha contra las nefastas consecuencias de la persecución étnica prohibida por el Derecho internacional. Así, a pesar de las disposiciones al respecto en el Anexo 7 del Acuerdo de Dayton, la reubicación se convirtió en una trágica realidad para muchos de los retornados²⁷.

27. Concretamente, los artículos 1.1 y 1.4 del Acuerdo de Paz enfatizan: "All refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin. They shall have the right to have restored to them property of which they were deprived in the course of hostilities since 1991 and to be compensated for any property that cannot be restored to them (...)". "Choice of destination shall be up to the individual or family, and the principle of the unity of the family shall be preserved. The Parties shall not interfere with the returnees' choice of destination, nor shall they compel them to remain in or move to situations of serious danger or insecurity, or to areas lacking in the basic infrastructure necessary to resume a normal life. The Parties shall facilitate the flow of information necessary for refugees and displaced persons to make informed judgments about local conditions for return".

Algunos autores, como el Profesor Bagshaw, consideran que estas disposiciones implican el derecho del desplazado a volver a su ciudad, su pueblo o región, es decir, exactamente su anterior lugar de residencia habitual. La insistencia en la devolución de la antigua propiedad, en la medida en que las hostilidades no la hubieran destruido, avalaría tal aseveración. En tal caso, las posibilidades de reubicación interna; el retorno a otra región diferente de la originaria podría violar la obligación que deviene del artículo 1.1 citado y consolidar la división étnica. BAGSHAW, S. «Benchmarks or Deutschmarks?. Determining the criteria for the Repatriation of Refugees to Bosnia and Herzegovina», *op. cit.*, p. 583-584.

En cualquier caso y en lo que respecta al Alto Comisionado, a pesar de sus reticencias iniciales, no tuvo más remedio que acceder a dicha reubicación. Véase sino el contenido del planing de retorno de los desplazados. Respecto a *phased return*, hubo una prioridad en el programa de repatriación: Según el *Dayton Agreement*, en su artículo 1.5: "The Parties call upon the United Nations High Commissioner for Refugees ("UNHCR") to develop in close consultation with asylum countries and the Parties a repatriation plan that will allow for an early, peaceful, orderly and phased return of refugees and displaced persons, which may include priorities for certain areas and certain categories of returnees. The Parties agree to implement such a plan and to conform their international agreements and internal laws to it. They accordingly call upon States that have accepted refugees to promote the early return of refugees consistent with international law". La cursiva es de autora.

Phased return:

- Internally displaced persons as a priority, then refugees from neighbouring states, then those from others countries.
- First returnees to their home area where their ethnic group is the majority, then those who wish to relocate within new areas where their ethnic group is the majority, and last those to reas where returnees now constitute the minority.

Sin embargo, más allá de las obligaciones contraídas en virtud de un Tratado internacional concreto —como el *Dayton Agreement*—, nos interesa conocer las obligaciones generales en la materia. Aquellas que pudiéramos poner a dialogar con la Directiva.

En ese sentido, no parece existir una obligación internacional de devolución al exacto lugar de procedencia del exiliado dentro de su país de origen²⁸. Por tanto, y en términos estrictamente jurídicos, los Estados no tendrían prohibido repatriar a los desplazados a otro lugar dentro de su país de origen siempre que estuviera garantizada su seguridad y su supervivencia. No se olvide que la obligación sigue resultando del principio de *non refoulement*. La libertad de movimiento no resulta un derecho humano absoluto que no pueda ser limitado en virtud de las circunstancias (*vid.* art. 12.3 del PIDCP).

Para mayor abundamiento —y extrayendo el análisis de la comparación con otra figura jurídica—, si en el ámbito del DIR se considera la utilización del concepto de “*internal flight alternative*” como forma de rehusar la concesión del estatuto de refugiado en la medida en que éste hubiera podido encontrar un lugar seguro, en ausencia de riesgo de persecución, en alguna parte de su propio país²⁹; resulta lógico pensar que no existe una obligación internacional de devolver a la persona a su lugar de residencia habitual, independientemente de que resultara lo más deseable.

- Return of childless adults or adults where spouses or children are still living in the former Yugoslavia, followed only later by return of families.

Apud. JOLY, D. “Temporary protection within the framework of a new European asylum regimen”, *op. cit.*, p. 61. También: COX, M. “The right to return home: International Intervention and Ethnic Cleansing in Bosnia and Herzegovina”, *op. cit.*, pp. 619-620.

28. Aseveración apoyada por la Asociación de Derecho Internacional (ILA). Committee in Refugee Procedures. *Delhi Conference (2002), Final Report and Draft Guidelines on Temporary Protection*, pp. 13-14.

29. La utilización de conceptos como *Internal Protection/Relocation/Flight Alternative* (Alternativa de Protección/Reubicación/Huida Interna), como criterio a atender en el marco de la admisibilidad de las demandas de asilo no estaba recogido expresamente en la Convención de 1951 sino que resulta de una muy diversa práctica estatal cuyo origen puede enmarcarse en los años ochenta.

La confirmación de su consideración en la Europa comunitaria la obtenemos de la *Posición Común relativa a la Aplicación Armonizada de la Definición del Término «Refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, 23 de noviembre de 1995*, cuyo parágrafo 8 afirma: «Cuando resulte que las persecuciones están claramente limitadas a una parte determinada del territorio y para comprobar que efectivamente se cumpla la condición que establece la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra según la cual el interesado «no pueda o, a causa de dichos temores fundados de persecución, no quiera acogerse a la protección de las autoridades de su país» puede resultar necesario valorar si el interesado puede encontrar una protección eficaz en otro lugar de su propio país, al que resulte razonable esperar que se desplace».

Como desarrollo ulterior de esta norma se ha de atender al texto de la *Directiva sobre Refugiados y Protección Subsidiaria*. Con mayores garantías en su artículo 8 estipula:

“Protección interna: 1. Al evaluar la solicitud de protección internacional, los Estados miembros

Quien puede lo más, puede lo menos, si es posible rechazar la petición de un solicitante de asilo por este motivo, con mayor motivo podría realizarse una reubicación de personas desplazadas cuyo estatuto ya ha cesado a través de una decisión cuyas garantías de seguridad son asumidas por las mayores instancias comunitarias o estatales.

En todo caso, existen límites infranqueables. El Alto Comisionado advertía:

“If return to the former place of habitual residence is not possible, a person can only reasonably be expected to return to a part of the country where he or she would enjoy safety and dignity. Such conditions would not exist where the repatriated individual would become an internally displaced person struggling for survival (...)”³⁰.

Sin embargo, las condiciones de seguridad no son suficientes. ILA, (en consonancia con los requisitos del “*internal flight alternative*”), considera:

“In the context of temporary protection, it can be said that the individual can reasonably be expected to return to a safe part of the country if he or she enjoys safety there as well as dignity in the sense of having a real prospect of a new life in the region concerned. The opposite is true, e.g., where there is safety but not dignity because the repatriated persons would have to stay in camps for a prolonged period or live the existence of an internally displaced persons struggling for survival and lacking any prospect of building up a new social and professional life”³¹.

podrán establecer que un solicitante no necesita protección internacional si en una parte de su paísde origen no hay fundados temores a ser perseguido o un riesgo real de sufrir daños graves, y si es razonable esperar que el solicitante se quede en esa parte del país.

2. Al examinar si otra parte del país de origen se ajusta a lo establecido en el apartado 1, los Estados miembros tendrán en cuenta las circunstancias generales reinantes en esa parte del país y las circunstancias personales del solicitante en el momento de resolver la solicitud.

3. El apartado 1 podrá aplicarse aunque existan obstáculos técnicos al retorno al país de origen”.

La heterogeneidad en su interpretación, así como lo confuso y controvertido del principio ha llevado a la doctrina y las instituciones ha considerarlo entre sus máximas preocupaciones hasta el punto que ha sido objeto de análisis exhaustivo en el marco de las *Global Consultations* de ACNUR con motivo del cincuenta aniversario del Convenio ginebrino.

30. ACNUR. Standing Committee. *Progress Report on Informal Consultation on the Provision of International Protection to All Who Need It, EC/47/SC/CRP.27*, 30 mayo 1997, para. 4, o).

31. ILA. Committee on Refugee Procedures. *London Conference (2000). Third Interim Report on temporary Protection*, para. 13 del texto propuesto.

En su Final Report and Draft Guidelines on Temporary Protection proponen un artículo del siguiente tenor: “If return to the former habitual place of residence is not possible, temporarily protected persons can only be reasonably expected to return to another part of the country if they will enjoy safety and dignity there” (para. 14). ILA. Committee in Refugee Procedures. *Delhi Conference (2002). Final Report and Draft Guidelines on Temporary Protection*, para. 14.

Nos parece que así podría cumplirse de forma más adecuada con los requisitos del principio de no devolución ampliado, en consonancia con el artículo 3 del CEDH –base jurídica utilizada por los principales detractores de la posibilidad de la reubicación³².

En suma, pues, en ausencia de prohibición expresa de reubicación y ante la evolución en el ámbito del asilo, a pesar de la falta de concretas estipulaciones al respecto por parte de la Directiva, consideramos que, en todo caso:

–se ha de hacer un uso restrictivo de la posibilidad de reubicación interna de los antiguos beneficiarios de la protección temporal. Se tomará en consideración, por tanto, en la medida en que sirva para una mejor satisfacción del derecho a volver a casa, siempre en condiciones de seguridad y bienestar personal con prospectiva.

–no se hará uso del mismo si con ello se consagran prácticas de división étnica prohibidas por el Derecho internacional.

–finalmente, no se hará uso del mismo si con ello el antiguo acogido temporal deviene en “persona desplazada interna”, esto es, en el interior de las fronteras de su propio país.

B. LA FORMA DE TRANSMISIÓN.

En lo que se refiere a la *forma de transmisión* de la información sobre el país de origen, la Directiva se refiere a la posibilidad de que los Estados pudieran contemplar visitas exploratorias con el objeto de cumplir de manera más adecuada con el requisito de que los desplazados adopten la decisión con conocimiento de causa.

Como ya anunciábamos en el Capítulo Quinto de este trabajo, (respecto del regreso voluntario como fórmula de cesación), la alusión a la visita exploratoria no tiene más que un carácter ilustrativo, por lo que queda en manos de los Estados su utilización junto, o de forma alternativa, a otros medios que persigan el mismo objetivo.

Las visitas exploratorias, también llamadas *look and see visit* o *visitas in loco*, ha sido una práctica internacional, como lo fue por parte de los Estados europeos en el contexto del conflicto de la antigua Yugoslavia³³. Análisis posteriores demuestran, sin embargo, su relativa incidencia en la información a los

32. En opinión del Profesor Gibney, la repatriación de los desplazados a un Estado caracterizado por violaciones endémicas de derechos humanos o enviado a un lugar diferente al suyo habitual no constituye *refoulement per se*, sin embargo, podría considerarse un tratamiento inhumano para aquellos que estaban bajo la protección de un Estado miembro. GIBNEY, M. J. «Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe», *op. cit.*, p. 700.

33. En el caso de la repatriación hacia Bosnia, estas visitas exploratorias fueron organizadas, en algunos casos por los Gobiernos (*v.gr.*, Gran Bretaña, Dinamarca, Suecia,) y en otras, por ONGs. *Vid.* KOSER, K., BLACK, R., WALSH, M. «Repatriation from the European Union to Bosnia-Herze-

desplazados que, finalmente, obtuvieron mayor conocimiento de causa por cauces no oficiales⁵⁴.

Hoy día, tras la adopción de la Directiva de Protección Temporal, los Estados miembros han adquirido una obligación positiva al respecto, por lo que cabe esperar que los cauces oficiales se desarrollen con mayor eficacia en el futuro.

No obstante, la utilización de organizaciones no gubernamentales (del país de acogida y oriundas del país de origen) a tal efecto o la propia consulta con los desplazados ya retornados puede resultar de gran ayuda en el cumplimiento de esta obligación estatal y en las garantías sobre su objetividad⁵⁵.

Si bien la Directiva pudiera contribuir a esa mayor asunción de responsabilidades estatales en torno a la transmisión de la información debida, no parece que pudiera salvar la necesidad de coordinación europea al respecto. Ante la completa ausencia de normas mínimas en lo que respecta a la posible organización y financiación con cargo al Fondo (FER) de este tipo de fórmulas, cabe esperar divergencias entre los Estados cuando la Directiva ofrecía la oportunidad de procurar una mayor armonía a este respecto⁵⁶.

C. LA ADECUADA INFORMACIÓN SOBRE LA VUELTA A CASA *VERSUS* INDUCCIÓN AL RETORNO DE LOS DESPLAZADOS.

Finalizamos el epígrafe con una valoración final sobre la problemática: *Información versus inducción*.

La repatriación voluntaria y, por ende, sus medios para ponerla en práctica, no ha quedado exenta de críticas y recelos debido a la *delgada línea que separa la facilitación del derecho a volver a casa, de la disuasión o inducción*

govina. The Role of Information». en (Black, R.; Koser, K., editores), *The End of Refugee Cycle? Refuge Repatriation & Reconstruction*, Berghahn Books, New York, Oxford, 1999, p. 123.

También: BAYEFSKY, A. F.; DOYLE, M. W. *Emergency Return. Principles and Guidelines*, *op. cit.*, p. 17.

34. Esta es una de las conclusiones del estudio de los Profesores Black, Koser y Walsh. Los retornados entrevistados habían sido informados principalmente por amigos y familiares, así como, a través de los medios de comunicación de su país de origen a los que tenían acceso. *Los Repatriations Information Reports* publicados por ACNUR u otros provenientes de diversas organizaciones resultaron prácticamente desconocidos para ellos. BLACK, R.; KOSER, K.; WALSH, M. *Conditions for the Return of Displaced Persons from European Union. Final Report*, *op. cit.*, para. 221.

35. En teoría, esta consulta compartida también tendría otro objetivo: coadyuvaría a minimizar las tensiones sociales producidas por el regreso de los desplazados. ECRE. *Position of the European Refugees and Exiles on Temporary Protection*, para. 37, p. 542.

36. Nada dice la Directiva de Protección Temporal sobre la financiación de las visitas exploratorias u otros medios con cargo al Fondo Europeo. El artículo 4 de la *Decisión del FER* se refiere, en general, a la asistencia en materia de información y servicios de asesoramiento; queda por ver, si dentro de esos "servicios de asesoramiento" podrían incluirse estas visitas *in loco*.

a un retorno no deseado y, en el peor de los casos, peligroso para las personas afectadas –ello con independencia de los estudios que avalan que los retornos excesivamente prematuros también pueden llegar a comprometer la paz y estabilidad en la región³⁷.

Debido a una práctica estatal de dudosa legalidad (incluso recientemente en el caso yugoslavo³⁸), y a las reticencias heredadas de la repatriación voluntaria en el asilo, lo cierto es que no se puede analizar la obligación del Estado de posibilitar el regreso con conocimiento de causa sin hacer referencia a los peligros a ella asociados.

Por un lado, se ha alertado sobre el carácter que deben tener medidas tales como las visitas exploratorias o la financiación de programas como los *one-time financial assistance package* (que puso en práctica, *inter alia*, Alemania), y otros adoptados bajo iniciativa del Alto Comisionado que, más que una vía para juzgar por sí mismos las condiciones del país de origen, pudieran convertirse en *fórmulas de disuasión* a modo de preparación del desplazado para un regreso inevitable³⁹.

Por tanto, subrayar la importancia de la asepsia en la información y los mecanismos para garantizarla. En la medida en que se informe también sobre las posibilidades de integración en el país de acogida, se podría suplir, en gran medida, esta connotación.

37. ANDERSEN, E. «The Role of Asylum States in Promoting Safe and Peaceful Repatriation under the Dayton Agreements», en *EJIL*, vol. 7, 1996, p. 193.

38. En relación a la práctica alemana respecto a la repatriación bosnia puede llegar a hablarse de *misinformation*. BLACK, R.; KOSER, K.; WALSH, M. *Conditions for the Return of Displaced Persons from European Union, Final Report, op. cit.*, para. 215 y 231-236.

En opinión de los Profesores Koser, Black y Walsh, las visitas in loco no pueden perder su objetivo y fin, el cual no debe ser otro que informar sobre las condiciones del país; que el desplazado pueda decidir con objetividad haciéndose cargo de las circunstancias reales y no con una eventual intención de preparar al desplazado en el retorno. KOSER, K., BLACK, R., WALSH, M., «Repatriation from the European Union to Bosnia-Herzegovina. The Role of Information», *op. cit.*, p. 110.

39. El Profesor Gibney se muestra partidario del regreso voluntario en lugar de la repatriación forzosa; considera que el conflicto en Bosnia-Herzegovina da muestras de ejemplos positivos de la utilización de diferentes fórmulas de disuasión preferibles a una vuelta a casa sin contar con la voluntad de los desplazados. Pueden consultarse las diversas fórmulas nacionales en: GIBNEY, M. «Between control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe», *op. cit.*, p. 703.

Entre los innovadores programas de promoción del retorno patrocinados por ACNUR y otras organizaciones se encuentran: *shelter programmes, employment creation, micro-credit and community development, pilot return project, bus services and freedom of movement initiatives, human rights programmes, lobbying for reform of property laws, blacklisting of municipalities and economic conditionality and Open cities initiative*. Vid. COX, M. «The right to return home: International Intervention and Ethnic Cleansing in Bosnia and Herzegovina», *op. cit.*, p. 623.

Muestra su cautela, *inter alia*, VEDSTEN-HANSEN, J. «An Analysis of the Requirements for Voluntary Repatriation», en *IJRL*, vol. 9, nº 4, 1997, p. 562. La profesora alerta sobre los *look and see agreements* como medio de presión psicológica.

Más allá de las fórmulas de disuasión, encontramos prácticas que pueden considerarse de *inducción* al regreso.

En el *Workshop on Temporary Protection* celebrado en Washington en 1999, se formulaba la siguiente crítica:

“Voluntary repatriation has been encouraged through a combination of carrots and sticks: that is, incentives to return and penalties for stay (...)”⁴⁰.

La cita se refiere a la decisión adoptada por algunos Estados de proceder a una reducción o eliminación de algunos beneficios sociales —como el derecho al trabajo o a determinada asistencia financiera—, una vez transcurrido determinado lapso de tiempo sin que se produjera la vuelta de los desplazados que habían acogido.

La Directiva de Protección Temporal deja al arbitrio estatal la prolongación de las obligaciones debidas a los beneficiarios, en el transcurso de la organización de los programas de regreso voluntario (artículo 21.3 ya analizado). Esta disposición deja la puerta abierta a la posibilidad de reducción o eliminación de determinados beneficios, incluso para aquellos desplazados que ya hubieran adoptado la decisión de incorporarse a los citados programas. El objetivo de inducción al regreso, por tanto, en este caso, carece de sentido.

Sí mantendría su finalidad si la reducción o eliminación fuera posible para aquellos que no han optado por colaborar con un programa de repatriación a la espera de que se determinen otros estatutos vinculados a la permanencia en el país de acogida. Sobre este particular, aún no tenemos respuestas oficiales; siempre que el estatuto del beneficiario de la Protección Temporal y los solicitantes de asilo o cualquier otra fórmula de protección internacional llegaran a ser equiparables se podría corregir estas desviaciones del sistema.

D. EL REGRESO VOLUNTARIO Y LOS PROGRAMAS DE REPATRIACIÓN. SU NECESARIO CARÁCTER OMNICOMPRESIVO FRENTE A LA AUSENCIA DE NORMAS MÍNIMAS.

Las obligaciones ineludibles para los Estados suponen el mínimo común denominador; por lo tanto, éstos son libres de *posibilitar* el regreso voluntario de los desplazados, con medidas que vayan más allá de ese núcleo irreductible.

El amplio margen normativo nos ofrece todo un abanico de posibilidades que irían desde facilitar una repatriación voluntaria con las condiciones más básicas hasta aquellas para las que “posibilitar el regreso voluntario” entrañaría medidas relacionadas con las condiciones de vida de los retornados

40. YAKOUB, N. «Report on the Workshop on Temporary Protection: Comparative Policies and Practices», *op. cit.*, p. 627.

(medios de subsistencia, vivienda o empleo), la reintegración de los mismos en la dinámica del área de retorno o las labores de reconstrucción y rehabilitación de los países de origen (que podrían llegar a incluir programas de seguimiento de los resultados obtenidos: *monitoring*). En las fórmulas más ambiciosas la repatriación se asociaría, por lo tanto, con los procesos de pacificación y de mantenimiento de la paz, con la reconciliación política y la reconstrucción económica de la zona originaria del exilio.

Esta perspectiva más omnicomprendensiva consideramos que es la deseada por las instituciones comunitarias⁴¹. Sin embargo, *la Directiva no establece una regulación de mínimos para el programa de regreso voluntario, ni sus aspectos sustantivos ni en los procedimentales*. No se adopta ninguna indicación en torno a la dirección del proceso, los necesarios contactos con el país o los países de origen, los objetivos —más allá de la propia devolución de los desplazados— del programa o su necesaria coordinación, bien sea entre los Estados miembros, bien sea respecto a otras organizaciones.

Resulta llamativa la ausencia de alguna directriz, al menos, en torno a la coordinación del programa de repatriación voluntaria; supuesto éste que se convirtió en una de las mayores deficiencias (aunque haya opiniones institucionales divergentes) en lo que a la repatriación hacia las ex Repúblicas yugoslavas se refiere⁴².

41. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Acción común de 1997*, se afirmaba: "(...) la repatriación puede también exigir un sistema eficaz de seguimiento del proceso de reinserción mediante la creación y funcionamiento de mecanismos nacionales e internacionales que protejan los derechos humanos de las personas repatriadas (...)" (para. 19).

En este mismo sentido se manifestaba el Comité de las Regiones. *Dictamen sobre la Propuesta de Protección Temporal*, para 17.2: "(...) la vinculación de ayuda financiera y proyectos específicos de reconstrucción debería incrementar de manera importante la eficacia del fomento y del apoyo a la repatriación voluntaria. Por consiguiente, el Comité considera que las directivas deberían prever esfuerzos comunes de los Estados miembros para fomentar la reconstrucción y la reinserción en el país de origen de las personas que han sido objeto de protección temporal, así como una política de repatriación armonizada entre los Estados miembros una vez que haya expirado la protección temporal"

Continúa en el mismo párrafo: "Y con este fin destaca lo indicado en su Dictamen sobre el tema "Flujos migratorios en Europa" (CRD 227/99), y más concretamente las iniciativas indicadas en el punto 3.5 de dicho Dictamen, destinadas a promover toda actividad que permita crear las condiciones para diseñar procesos de desarrollo para las áreas de emigración. El Comité insiste, asimismo, en lo expresado en el punto 4 (Conclusiones) del citado Dictamen (CDR 227/99) como contribución previa destinada a concretar medidas idóneas que garanticen la aplicación de políticas que aseguren una mejor reinserción en los países de origen".

42. La falta de coordinación europea en el proceso de retorno devino en una suerte de proyectos que iban desde los regresos voluntarios y asistidos a los no asistidos y definitivamente involuntarios; aquellos centrados únicamente en el retorno físico; otros proporcionaban asistencia para la reintegración de los desplazados; e incluso programas que promovían la reconstrucción de las áreas a las que volvían los retornados. Entre los programas que suponían cierta asistencia al retornado podíamos encontrar aquellos que costeaban el viaje; los que proporcionaban mayores

Parece que deja abierta la posibilidad a que, llegado el caso, exista un programa de retorno organizado por el Estado miembro de forma individualizada (lo que nos conduciría a la aplicación de criterios distintos para las repatriaciones, las autorizaciones de residencia, etc); por los Estados en conjunto o, como es de esperar, coordinada o dirigida por algún organismo internacional (caso de Yugoslavia con ACNUR, OIM). Opera como Directiva, por tanto, se limita a establecer unas garantías de resultado, pero no el contenido y la forma en que ha de llevarse a cabo.

La *Propuesta de Acción Común de 1997*, en su Exposición de Motivos lo consideraba de este modo:

“Así como resulta importante desde el inicio de la aplicación del régimen de protección temporal en los Estados miembros, el retorno de los beneficiarios de dicho régimen ha de estar perfectamente coordinado con objeto de evitar la confusión que se produciría si cada Estado miembro negociara directamente con el país de origen y con los organismos internacionales”⁴³.

Aunque la Directiva vigente guarde silencio al respecto, resulta lógico pensar que la decisión de organizar una repatriación voluntaria resultará incardinada en un programa específico en el que cooperarán todos los Estados miembros y las agencia especializadas. Más aún si consideramos un programa de repatriación *grosso modo* (con proyectos de reintegración y reconstrucción), el cual, podría requerir del uso de programas específicos o políticas comunitarias concretas, negociaciones internacionales, etc.

A. LA INEXCUSABLE PARTICIPACIÓN DEL ESTADO DE ORIGEN; ¿OBLIGACIONES RESPECTO AL REGRESO VOLUNTARIO?

El principio básico que subyace a la repatriación voluntaria, esto es, el derecho de los desplazados a volver a su propio país, tiene como corolario

fondos o facilidades de instalación. BLACK, R.; KOSER, K.; WALSH, M. *Conditions for the Return of Displaced Persons from European Union. Final Report, op. cit.*, para. 49, 52, 54 y 67 a 96.

La descoordinación resultó llamativa incluso entre las ONGs en el terreno. Los participantes en el *Workshop on Temporary Protection* de Washington en 1999, afirmaban la predilección de los Estados de origen por trabajar con una única Organización internacional. YAKOUB, N. «Report on the Workshop on Temporary Protection. Comparative Policies and Practices», *op. cit.*, p. 628.

Sin embargo, el Comité de las Regiones afirma lo siguiente: “(...) durante la crisis de Kosovo, la actuación concertada de los Estados desde un principio contribuyó considerablemente a circunscribir el conflicto». Aunque, « lamenta que la Propuesta de Directiva no contenga ninguna disposición sobre la coordinación entre los Estados miembros de la repatriación de las personas afectadas», (para. 9), considera: «(...)». No obstante, la experiencia adquirida con la repatriación de los refugiados de Bosnia y Herzegovina y Kosovo es un buen ejemplo de procedimiento armonizado y coordinado de los Estados miembros también en la repatriación (...)”. COMITÉ DE LAS REGIONES. *Dictamen sobre la Propuesta de Protección Temporal*, para. 5 *in fine* y para. 17.2, respectivamente.

43. *Propuesta de Acción Común de 1997*, Exposición de Motivos, para. 18.

esencial el deber de los Estados a admitir a sus propios nacionales. Este sería el primer requisito imprescindible, por otro lado, de cara a organizar el regreso de los exiliados⁴⁴.

Así se exigió a los Estados firmantes del *Dayton Agreement*, como condición de partida a la puesta en marcha del retorno de sus ciudadanos. Obsérvese los términos en que se expresa el acuerdo internacional:

“Artículo I.1: (...) The Parties confirm that they will accept the return of such persons who have left their territory, including those who have been accorded temporary protection by third countries”⁴⁵.

44. En palabras del Profesor Goodwin-Gill “(...) the State’s right of protection over its citizens abroad is matched by its duty to receive those of its citizens who are not allowed to remain on the territory of other States (...)”. *Vid., inter alia*, GOODWIN-GILL, G.S. *International Law and the Movement of Persons Between States*, *op. cit.*, pp. 136-137. También: GOODWIN-GILL, G.S. ‘Voluntary Repatriation: Legal and Policy Issues’, en (Loescher, G.; Monahan, L., editores), *Refugees and International Relations*, *op. cit.* p.259.

En el marco del asilo, resulta paradigmática la Conclusión nº 74 (XLV), del Comité Ejecutivo de ACNUR (45º periodo de sesiones), 1994, en su párrafo x: «Pone de relieve a este respecto, la responsabilidad de los Estados de origen de readmitir a sus nacionales y garantizar su seguridad y bienestar (...) e insta a la comunidad internacional a ayudar a los Estados a cumplir estas responsabilidades en lo que respecta a los refugiados y a los repatriados».

El Profesor Hofmann ha puesto de relieve la importancia de contar con un expreso deseo del Estado de origen de admitir a sus ciudadanos, requisito éste que podría ser supervisado por el Alto Comisionado en la primera fase de la repatriación voluntaria. HOFMANN, R. ‘Voluntary Repatriation and UNHCR’, *op. cit.*, pp. 334-335.

Ya en el marco de la Protección Temporal, el Consejo de Europa afirmaba: «The right to return to one’s own country should be respected by all States. Countries of origins should treat returning persons in a dignified manner and with full respect for their human rights». CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. *Recommendation nº R (2000) 9 on temporary protection*, de 3 de mayo de 2000, Recomendación nº 13 del texto.

45. Los artículos siguientes apoyan esta obligación concretándola en los siguientes términos:

“Artículo I.2: The Parties shall ensure that refugees and displaced persons are permitted to return in safety, without risk of harassment, intimidation, persecution, or discrimination, particularly on account of their ethnic origin, religious belief, or political opinion”.

“Artículo I.3: The Parties shall take all necessary steps to prevent activities within their territories which would hinder or impede the safe and voluntary return of refugees and displaced persons. To demonstrate their commitment to securing full respect for the human rights and fundamental freedoms of all persons within their jurisdiction and creating without delay conditions suitable for return of refugees and displaced persons, the Parties shall take immediately the following confidence building measures: a. the repeal of domestic legislation and administrative practices with discriminatory intent or effect; b. the prevention and prompt suppression of any written or verbal incitement, through media or otherwise, of ethnic or religious hostility or hatred; c. the dissemination, through the media, of warnings against, and the prompt suppression of, acts of retribution by military, paramilitary, and police services, and by other public officials or private individuals; d. the protection of ethnic and/or minority populations wherever they are found and the provision of immediate access to these populations by international humanitarian organizations and monitors; e. the prosecution, dismissal or transfer, as appropriate, of persons in military, paramilitary, and police forces, and other public servants, responsible for serious violations of the basic rights of persons belonging to ethnic or minority groups”.

Más allá de la simple admisión y del respeto de los derechos más elementales, podría considerarse la posibilidad de que llegara a colaborar más activamente en el retorno⁴⁶. En este caso, parece inevitable la celebración de *acuerdos* entre el Estado de origen y los de acogida. De nuevo, la Directiva vigente guarda silencio sobre este extremo, a pesar del convencimiento de la Comisión en instrumentos anteriores:

“(...) Las partes interesadas deberán llegar a acuerdos previos sobre los anteriores elementos. En caso de que el Consejo decida poner fin al régimen de protección temporal (...), será conveniente que los países de origen y la Unión Europea celebren acuerdos, en cooperación con el ACNUR”⁴⁷.

Si bien resultaba imposible disponer en la Directiva (dirigida a los Estados miembros de la Unión Europea) las obligaciones de los Estados de origen, sí podía haberse atendido la posibilidad o el interés en la celebración de los acuerdos oportunos al efecto, el mínimo objetivo de los mismos, la coordinación y aplicación del programa (con la creación de comités de seguimiento, por ejemplo). Sobre todo si atendemos al contenido más amplio de los programas de repatriación, con clara incidencia en la reconstrucción del país y la reinserción de los desplazados, supuestos imposibles de realizar con la oposición del Estado de exilio. Todos estos extremos que dependen en gran medida de las características del caso concreto serán, pues, decididos *ad hoc*.

B. LA PARTICIPACIÓN DE OTRAS ENTIDADES EN LA TOMA DE DECISIÓN DE RETORNO DE LOS DESPLAZADOS Y RESPECTO DE LA PUESTA EN MARCHA DEL PROGRAMA DE REPATRIACIÓN.

Todas las circunstancias que rodean a la resolución de los desplazamientos masivos son lo suficientemente complejas como para suponer que los Estados en exclusiva, y mucho menos a través de un único instrumento jurídico, pudieran resolverlo en su totalidad.

La experiencia nos ha demostrado que, también, en las fases posteriores a la acogida, organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales han desempeñado un papel, en ocasiones, de determinante trascendencia.

En consecuencia, analizar la posibilidad de que los Estados se vean asistidos por agencias especializadas o que ello hubiera podido considerarse jurí-

46. También se exigía esta colaboración más activa en los Acuerdos de Dayton: «Artículo IV. Repatriation Assistance. The Parties shall facilitate the provision of adequately monitored, short-term repatriation assistance on a non discriminatory basis to all returning refugees and displaced persons who are in need, in accordance with a plan developed by UNHCR and other relevant organizations, to enable the families and individuals returning to reestablish their lives and livelihoods in local communities».

47. *Propuesta de Acción Común*, Exposición de Motivos, para. 19 *in fine*.

dicamente obligatorio para ellos, a través de la Directiva que estudiamos, requiere de cierta atención.

Aunque como se demostrará a continuación existía cierto consenso en la importancia del papel que habían de desempeñar estas entidades en relación a las obligaciones estatales que suponen el núcleo duro en torno a la repatriación voluntaria, la Directiva, finalmente, no ha entrado en el debate concreto. La disposición eje, el artículo 3.3 de la Directiva, habrá de seguir leyéndose en clave general o extensiva⁴⁸.

Respecto a las posibilidades de asistencia al Estado en su obligación de proporcionar una adecuada información sobre el regreso, el Comité de las Regiones afirmaba:

“(…) En el caso de la crisis de Kosovo resultó especialmente valioso recibir informaciones actualizadas y fiables sobre la situación en la región en crisis. Para ello resultó indispensable la pronta participación de organizaciones no gubernamentales”⁴⁹.

En lo relativo a la participación en el programa de repatriación voluntaria, instrumentos jurídicos anteriores a la Directiva estimaban:

“(…) Será preciso cooperar con el ACNUR, la OIM y otras organizaciones adecuadas, ya que éstas ya cuentan con experiencia en la preparación de programas de repatriación”⁵⁰.

Asimismo, respecto a la necesidad de la celebración de acuerdos sobre los programas de repatriación voluntaria, se considera conveniente:

“(…) que los países de origen y la Unión Europea celebren acuerdos, en cooperación con ACNUR”⁵¹.

Sin embargo, la Directiva vigente, en el apartado de medidas subsiguientes a la Protección Temporal no dedica ningún apartado al papel que debiese jugar el Alto Comisionado u otras agencias especializadas en ninguno de los extremos precedentes.

48. Recuérdese su contenido: “El establecimiento, la aplicación y el cese de la protección temporal se someterán a consultas regulares con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y otras organizaciones internacionales pertinentes”.

49. COMITÉ DE LAS REGIONES. *Dictamen sobre la Propuesta de Protección Temporal*, para 17.3 *in fine*.

ECRE se manifiesta a favor de que ACNUR juegue un papel central en la aplicación o desarrollo del retorno. *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing* (enero 2001). Y también resalta la necesidad de consultar con grupos de refugiados y ONGs, en ambos, países de acogida y de origen.

50. *Propuesta de Acción Común de 1997*, Exposición de Motivos, para. 20 *in fine*.

51. *Propuesta de Acción Común de 1997*, Exposición de Motivos. para. 19 *in fine*.

El incremento cualitativo y cuantitativo de las competencias de la Oficina respecto a refugiados en materia de repatriación voluntaria, así como la práctica reciente de los Estados miembros y las instituciones en el conflicto de la antigua Yugoslavia, nos conducen a la conclusión de que su protagonismo irá más allá de lo que la letra impresa inspira, especialmente, en lo que respecta a la coordinación y seguimiento de un programa de repatriación⁵².

2. EL REGRESO FORZOSO. LA ÚLTIMA RATIO.

La expulsión de los extranjeros del territorio estatal —normalmente de carácter individual, a la que suele seguir la orden de deportación—, puede considerarse *el acto de soberanía más extremo del Estado*, en su derecho a decidir quién puede ser parte de su comunidad.

A la hora de adoptar esa decisión, las instituciones nacionales gozan de un amplio margen de apreciación. Se trata de una cuestión que depende del *poder discrecional* del Estado. Desde los orígenes del Derecho internacional se ha evidenciado esa lucha por conservar grandes cuotas de libertad en áreas tan apegadas al concepto de soberanía, tales como la regulación de la cualidad de nacional, el trato a los extranjeros, o las condiciones de entrada y salida del territorio.

No obstante y en atención a la evolución de este ordenamiento jurídico, discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad, por lo que existen límites normativos que los Estados han de atender tanto en lo que se refiere a los extranjeros en general como, especialmente, a los refugiados o desplazados, en particular.

En consideración a las normas consuetudinarias y convencionales, así como a la jurisprudencia internacional e interna sobre la materia, se admite la facultad de los Estados de expulsar a los extranjeros pero, únicamente, en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley, evitando las expulsiones colectivas y permitiendo a la persona objeto de la medida que argumente motivaciones contrarias a su expulsión y que pueda presentar a revisión de la autoridad competente su caso, —salvo que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional⁵³.

52. En atención a la práctica estatal e institucional en la materia, el *Repatriation Plan* de ACNUR resulta de obligada referencia. La Agencia encargada de organizar el “early, peaceful, orderly and phased return” en diálogo con las Partes y los Estados de acogida fue el Alto Comisionado. Según el artículo III.1 del anexo 7 al *Dayton Agreement*: “The Parties note with satisfaction the leading humanitarian role of UNHCR, which has been entrusted by the Secretary-General of the United Nations with the role of coordinating among all agencies assisting with the repatriation and relief of refugees and displaced persons”.

53. *Vid.* BROTONS, R. (coordinador) y Otros. *Derecho Internacional*, Mac Graw Hill, Madrid, 1997, p. 483.

En el caso de personas desplazadas que han sido consideradas dignas de protección internacional, aún se actúa con mayor cautela. Las garantías se incrementan y a las obligaciones internacionales generales (regulación en materia de extranjería, Derecho Internacional de los Derechos Humanos) se han de añadir las particulares (DIR) que tienen como cometido evitar bajo todo concepto colocar a la persona que ha sido objeto de protección en circunstancias tales de volver a sufrir peligros semejantes a los que provocaron el exilio.

Sin embargo, que las condiciones frente a la expulsión de refugiados o desplazados en general sean cuantitativa y cualitativamente superiores, no hace de la expulsión una medida imposible.

A diferencia de lo que pudiera parecer *a priori*, especialmente en lo que respecta a los refugiados que por circunstancias históricas habían llegado a considerarse irrepatriables, en el marco de los sistemas de protección temporal, la práctica estatal demuestra que aún considerada una medida impopular y, por tanto, presta a cargarse de prevenciones, ha sido tomada en consideración.

De nuevo, como si de un patrón de conducta se tratara, tanto en los sistemas de *temporary refuge* como en las recientes prácticas nacionales de protección temporal en el conflicto de la ex Yugoslavia, la expulsión no fue una medida fácil ni fruto del consenso. La evolución entre unos sistemas y otros se manifiesta, quizás, en el mayor interés por demostrar el cumplimiento de los requisitos sin los cuales la repatriación forzada pudiera considerarse una medida contraria a Derecho; lo que no evita, en cualquier caso, las dificultades de su puesta en práctica con un escrupuloso cumplimiento de la legalidad vigente⁵⁴.

Frente a los debates en el contexto del asilo en torno al posible "derecho del Estado a repatriar una vez finalizada la necesidad de protección" *versus*

54. En el marco del desplazamiento masivo de indochinos, algunos Estados se opusieron al retorno forzoso, sin embargo, otros como Hong Kong dictaron órdenes en este sentido. El Alto Comisionado no pudo evitarlas, por lo que su tarea se centró, especialmente, en garantizar la no utilización de la fuerza contra los exiliados forzados a volver. ZIECK, M. *UNHCR and Voluntary Repatriation. A legal Analysis*, *op. cit.*, pp. 463-467.

La práctica más contemporánea y cercana en el espacio nos muestra nuevos casos de repatriaciones en ausencia del consentimiento del beneficiario o, al menos, sin considerar la necesidad del mismo. No se olviden las críticas vertidas por la doctrina a las órdenes de repatriación alemanas calificadas de inválidas, en la medida en que no cumplían con los requisitos del un regreso seguro y duradero (visto en el capítulo anterior): *Vid., inter alia.*, BAGSHAW, S. «Benchmarks or Deutschmarks? Determining the criteria for the repatriation of Refugees to Bosnia and Herzegovina», *op. cit.*, p. 579.

En este caso, el Alto Comisionado pasa de una postura de contención de las consecuencias más adversas (uso de fuerza en el marco del *temporary refuge*), a una perspectiva activa de creación de programas de retorno voluntario lo suficientemente "atractivos" para que pudieran evitar las órdenes estatales de expulsión.

“derecho de los refugiados a volver cuando ellos lo deciden voluntariamente”⁵⁵, en el marco de la Protección Temporal parece que las tensiones dialécticas son menores; *existe mayor anuencia en cuanto a las posibilidades de la repatriación involuntaria*, cumplidos los requisitos pertinentes, como demuestra la redacción de la Directiva.

Los artículos 22 y 23 regulan el regreso forzoso de los desplazados, la medida subsiguiente a la Protección Temporal ajena a la voluntad en contra de los mismos y, por ello, imperativa, pero a la vez, subsidiaria de todas aquellas fórmulas excepcionales de permanencia en el Estado de acogida. De este modo, en última instancia, si se ha puesto fin a la Protección Temporal —por algunas de las vías previstas en la Directiva y con las garantías de un regreso seguro y duradero—, en la medida en la que los desplazados no hayan participado en un programa de repatriación voluntaria y no gocen de las condiciones indispensables para obtener cualquier otro estatuto que permita la permanencia en el Estado, pueden ser expulsados del territorio y devueltos a su país.

Las condiciones de devolución, así como las excepciones a la misma siguen siendo la piedra de toque del sistema y a ello se dedican el primer y segundo apartado de este epígrafe (letras A y B; no obstante, ya avanzamos que si en algo resulta llamativa, en cierta medida, la regulación que la Directiva hace del regreso forzoso radica en las posibilidades de su suspensión temporal; a esta materia se destina el epígrafe final: letra C).

A. LAS CONDICIONES DE FONDO.

En atención al artículo 22.1:

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el *regreso forzoso* de las personas cuya protección haya llegado a su fin y que no pueden optar por la admisión se lleve a cabo dentro del respeto de la dignidad humana”⁵⁶

Tres son, pues, los requisitos de fondo:

- la cesación oficial del régimen;
- la resolución negativa de los expedientes de aquellos que hubieran optado por la admisión;
- y el respeto de la dignidad humana.

Todos ellos persiguen una única finalidad, esta es, el cumplimiento con las obligaciones que derivan del principio de *non refoulement*, y bajo esta dimensión, son condiciones fuertemente interconectadas.

55. Conflicto traído a colación por el Profesor Hathaway quien se decanta, de forma tajante, por el primero de los supuestos, en contra de la corriente tradicional y mayoritaria cuyo discurso ha atendido más a las cautelas frente a la repatriación que a la defensa de un derecho del Estado a la misma. HATHAWAY, J. C. «The Meaning of Repatriation», *op. cit.*, 1997, pp. 551-553 y 555.

56. La cursiva es de la autora.

En primer lugar, es necesario que *la protección haya llegado a su fin*, y ello entronca con los motivos de cesación del dispositivo de Protección Temporal. La acogida ha podido darse por terminada, bien a través de la causa sustantiva o principal, es decir, el cambio sobrevenido en las circunstancias que motivaron la activación del sistema decidido por el Consejo en base a las garantías de un regreso seguro y duradero de los exiliados (artículo 6.1.b), o bien, a través de la causa subsidiaria o última de cesación: la expiración del dispositivo con el transcurso del plazo máximo de duración (artículo 6.1.a)⁵⁷.

Las circunstancias en aplicación de uno y otro motivo de cesación son bien distintas. En el primer caso existe una decisión del Consejo que pretende garantizar unas condiciones favorables en el país de origen, de entrada —y como se analizó en el Capítulo Quinto de este trabajo—, ya se ha debido tomar en consideración las garantías en torno al principio de no devolución, pues, dicha decisión de cesación puede devenir —como aquí se puede comprobar— en una decisión estatal de expulsión.

Sin embargo, en el segundo supuesto, la expiración pone fin al dispositivo de forma automática y aunque en principio en ausencia de una decisión del Consejo en torno a los cambios en el país de origen no cabe esperar la aplicación de un retorno forzoso *prima facie*, sería el Estado en cuestión —ya que es quien ostenta la competencia para aplicar las medidas subsiguientes a la Protección Temporal—, el que debiera garantizar en cualquier caso, que los cambios suficientes en el país de origen se han producido.

En este sentido, consideramos que la tercera de las condiciones de fondo, la referente al *respeto de la dignidad humana*, cabría tener un contenido diverso en función de las causas de cesación aplicadas. En principio —por el literal del precepto y el resto de requisitos sustantivos—, se podría estimar una condición más volcada al procedimiento que a su significación, no obstante, la expiración de la Protección Temporal llamaría a mayores exigencias. En cualquier caso, traería a colación las consideraciones más elementales de humanidad, la protección de los derechos fundamentales aceptados por todos los Estados miembros, (en concreto véase artículo 13 PIDCP y artículo 4 del Protocolo 4 CEDH, éste último podría dar lugar a una interpretación del concepto de dignidad en el regreso como prohibitiva de las expulsiones colectivas aunque es sabido que no todos los Estados miembros de la UE son parte en el citado Protocolo), y, huelga recordarlo, las garantías en torno al principio de no devolución.

No obstante, es posible afirmar la posibilidad de que se produzcan interpretaciones divergentes por parte de los Estados miembros en cuanto a los requisitos de fondo y, por tanto, expulsiones forzadas o autorizaciones de

57. Para los efectos del retorno forzoso huelga considerar la tercera causa de cesación: el retorno voluntario de los desplazados.

permanencia en casos similares⁵⁸. Aquí radica una posibilidad fáctica que tiene su origen, de nuevo, en la ausencia de comunitarización de las consecuencias posteriores a la expiración del régimen, y que llegado el caso, pudiera aparecer como síntoma de una discordancia –e hipotética discriminación entre los desplazados–, absolutamente inconsistente con el grado de integración que cabe esperar del marco comunitario y que debía haber obtenido la suficiente atención normativa *a priori*.

Por último y con carácter previo a la adopción de la decisión de regreso forzoso, los afectados han de ser personas *que no puedan optar por la admisión*. Esto significa que se han de dilucidar las posibles solicitudes de aquellos que aún conserven razones válidas para invocar la protección internacional y, por tanto, no podrían ser repatriados contra su voluntad (se ha de preservar el derecho de asilo, la protección subsidiaria, incluso cabría considerar “razones humanitarias imperiosas” para evitar la expulsión vía artículo 22.2 de la Directiva). No en vano, hemos calificado la decisión de regreso forzoso como subsidiaria de todas aquellas fórmulas excepcionales de permanencia. En el supuesto de que las resoluciones sean negativas y se haya dado correcto cumplimiento al resto de condiciones podrían iniciarse los expedientes de repatriación sin poner en peligro el principio de *non refoulement*.

Como se ha indicado en otras ocasiones, este principio prohíbe, de manera tajante, la expulsión o devolución a aquellos territorios donde la vida del desplazado o su libertad pueda peligrar por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas (artículo 33.1 del Convenio de Ginebra); así como artículo 3 del CEDH que, incorporando la jurisprudencia del TEDH, incluiría también aquello que dispone el artículo 19 de la *Carta de Derechos Fundamentales*:

“Protección en caso de devolución, expulsión y extradición:

1.-Se prohíben las expulsiones colectivas.

2.-Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

58. Ya lo advertía el Comité de las Regiones, motivo por el cual, se expresaba en los siguientes términos: “El Comité de las Regiones considera también necesario evitar, en los casos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 6, que los Estados miembros evalúen de manera diferente las posibilidades de regreso y apliquen criterios distintos para las repatriaciones o la prolongación de la autorización de residencia. Para coordinar las medidas de apoyo al regreso sería útil que el Consejo, también en los casos previstos en la letra a) del apartado 1 del artículo 6 y de conformidad con el apartado 2 del artículo 6, adoptase una decisión sobre la posibilidad de retorno. En el caso de la crisis de Kosovo resultó especialmente valioso recibir informaciones actualizadas y fiables sobre la situación de la región en crisis. Para ello resultó indispensable la pronta participación de organizaciones no gubernamentales”. COMITÉ DE LAS REGIONES. *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva*, para. 17.3, p. 5-6.

Resta dejar abierto un interrogante, ¿hasta dónde llega el principio de *non refoulement* a la luz del artículo 3 del CEDH, en relación a los desplazamientos masivos que han gozado de protección temporal en los Estados miembros, habida cuenta de que la decisión de regreso ha de garantizar la ausencia de las causas subyacentes al exilio y no exige un “riesgo real” interpretado como individual?

En ausencia de aplicación de la Directiva o de jurisprudencia internacional o interna que pudiera arrojar mayores luces, el análisis normativo entre amplios márgenes de apreciación es de una notable dificultad.

En teoría, no sería posible el regreso forzoso sin cesación oficial, sin embargo ya se observó que el fundamento de la decisión descansaba en un concepto indeterminado, el llamado *safe return*; no cabría regreso forzoso sin haber examinado las posibilidades legales de permanencia y ello nos conduce a las fronteras del asilo o de la protección subsidiaria, por no hablar de la diversa legislación de extranjería estatal; por último, no cabría regreso forzoso sin el respeto a la dignidad humana, de nuevo concepto indeterminado cuyo significado hay que extraer de una interpretación normativa más amplia pero que ofrece igualmente, en este sentido, renovados márgenes de apreciación.

No es de extrañar, en atención a lo anterior, las diversas interpretaciones y recomendaciones vertidas desde la doctrina o las ONGs, entre las perspectivas de protección más radical y aquellas más pragmáticas⁵⁹.

Es cierto que una norma no puede definir todos los supuestos, —y menos aún si ésta es de Derecho derivado—. La realidad que rodea a estos desplazamientos a gran escala siempre será mucho más compleja de lo que el legislador pueda prever. En cualquier caso, las garantías jurisdiccionales de las que debieran gozar los desplazados harían el resto.

En honor a esta complejidad y a mayor abundamiento en torno a los márgenes de apreciación, la norma prevé que a pesar de las condiciones de fondo analizadas aún pudiera haber motivos para prevenir la expulsión. El Estado goza, pues, de una oportunidad jurídica para considerar aquellos supuestos que aun en cumplimiento de los requisitos analizados no fueran merecedores de tal medida. Veámoslo más detenidamente.

59. Entre las interpretaciones más extremas podemos considerar la del Profesor Gibney, contrario a cualquier decisión de retorno forzoso por considerarlo un trato inhumano en atención a la experiencia tan traumática de la persecución. GIBNEY, M. «Between Control and Humanitarianism: Temporary protection in Contemporary Europe», *op. cit.*, pp. 702-703.

En nuestra opinión, un análisis como éste del artículo 3 del CEDH vaciaría de contenido las disposiciones sobre regreso forzoso de un sistema como el de Protección Temporal orientado a la repatriación dentro de los márgenes legales. Distinto es que examinados de forma individual los expedientes de retorno hubiera casos para los que esa previa experiencia de persecución hiciera del retorno un trato inhumano en su caso. Para atender esos supuestos, la Directiva dispone del artículo 22.2 que ahora se analizará. Optamos, pues, más por una consideración individual de esta perspectiva que por interpretaciones globales que dejarían sin sentido dispositivos como los temporales, necesariamente abocados a un retorno más o menos cercano en el tiempo.

B. LA EXCEPCIÓN DEFINITIVA AL REGRESO FORZOSO: "LAS RAZONES HUMANITARIAS IMPERIOSAS QUE HACEN EL REGRESO IMPOSIBLE O POCO REALISTA".

La experiencia demuestra que, a pesar de que la situación en el país de origen hubiera mejorado considerablemente de conformidad con los estándares internacionales, aún pueden existir personas que o bien no se sienten capaces de volver, o bien, se trata de individuos respecto de los cuales no se considera razonable que pudieran emprender el retorno debido a circunstancias "personales" relacionadas con las amenazas o peligros que provocaron el exilio.

Si bien en conjunto y *grosso modo* pudiera considerarse que estos desplazados estarían en disposición de obtener garantías para un retorno seguro y duradero y no resultan acreedores de ninguna otra protección internacional (artículo 22.1 de la Directiva), de manera "individual" y atendiendo a las circunstancias particulares del caso, aún podrían disponer de argumentos contra su expulsión (*v.gr.*, en el contexto de la antigua Yugoslavia, los matrimonios mixtos de familias originarias de determinadas áreas).

El segundo apartado del artículo 22.2 de la Directiva dispone que:

"En los casos de regreso forzoso, los Estados miembros examinarán *las razones humanitarias imperiosas* que en algunos casos concretos pueden hacer el regreso imposible o poco realista"⁶⁰.

Tal y como se afirmaba en el epígrafe anterior *in fine*, la complejidad de los desplazamientos en masa hacen oportuno tomar en consideración la posibilidad de que se produzcan circunstancias que son imposibles de definir *a priori*, con relativa exactitud, pero que pudieran ser acreedoras de protección aún contando con los requisitos generales para su vuelta a casa.

No se puede hacer acopio de relaciones exhaustivas a modo de *numerus clausus* fuera de los cuales no fuera posible evitar los casos de retorno forzoso. De ahí que resulte oportuno ofrecer ese margen de apreciación al Estado con objeto de atender todos los extremos antes de adoptar una decisión controvertida como la expulsión.

Sin embargo, los conceptos indeterminados también observan dificultades, y "razones humanitarias imperiosas que en algunos casos concretos pueden hacer el regreso imposible o poco realista", desde luego, no resulta fácil de dilucidar.

60. La cursiva es de la autora.

Se manifestó en términos similares el Consejo de Europa: "When deciding about the return of the persons concerned, member states should take into consideration compelling humanitarian reasons, which would make return in such individual cases impossible or unreasonable". CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. *Recommendation n° R (2000) 9, on temporary protection*, 3 de mayo de 2000, recomendación n° 14 del texto.

En cualquier caso, previsiones normativas de esta índole no son patrimonio exclusivo de los instrumentos jurídicos que regulan los desplazamientos en masa, sino más bien una versión, salvando las distancias, de los llamados *casos residuales en el DIR*.

En este ámbito, se atendía no sólo a las circunstancias extremas de aquellos que no habían sido capaces de superar los traumas de la persecución (equivalente al artículo 22.2 de la Directiva); sino que las excepciones a la cesación del estatuto de refugiado podían ir más allá. En concreto se recomendaba que:

“(…) para evitar los casos difíciles, los Estados examinen atentamente la posibilidad de conceder un estatuto adecuado, que conserve los derechos previamente adquiridos, a las personas que tengan razones apremiantes, derivadas del hecho de haber sido objeto anteriormente de persecución, para negarse a volver a reclamar la protección de su propio país y recomienda, además, que las autoridades pertinentes consideren igualmente la posibilidad de adoptar las medidas adecuadas, que no pongan en peligro la situación creada de los interesados, para su aplicación a aquellas personas de las que no se pueda esperar que abandonen el país de asilo debido a una larga permanencia en ese país que haya dado lugar al establecimiento de fuertes vínculos familiares, sociales y económicos en el mismo”⁶¹.

Como puede comprobarse, con independencia de las “razones apremiantes” derivadas de la persecución, el Comité Ejecutivo alentaba a los Estados a considerar otros motivos ajenos a la amenaza previamente vivida y circunscritos a las consecuencias de los años disfrutados en el Estado de acogida: “haber creado fuertes vínculos familiares y de carácter económico social”.

A pesar de que los dispositivos temporales estipulan un periodo muy concreto de tiempo en la acogida y están orientados al retorno de sus beneficiarios, lo cierto es que las posibilidades de crear lazos familiares no sería descartable, en principio. No obstante, la condiciones exigidas por la jurisprudencia para crear determinadas obligaciones jurídicas a los Estados no sería considerable en tales casos *ratione temporis* –piénsese en la jurisprudencia del TEDH que en interpretación del artículo 8 del CEDH ha prohibido medidas de

61. ACNUR. Comité Ejecutivo. Conclusión nº 69 (XLIII), *Cese de la Aplicación*, 1992, (43º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para e).

Préstese atención al hecho de que el ámbito del Derecho de los Refugiados, los casos residuales resultan excepciones a la decisión de cesación del régimen. Por el contrario, el artículo 22 de la Directiva se refiere a excepciones a la expulsión una vez adoptada la decisión de dar por finalizada la protección; ésta, pues, no se cuestiona. Se trata de supuestos muy diversos desde el momento en que una decisión -la de cesación- es adoptada por el Consejo y por el contrario, la decisión de expulsión resulta prerrogativa de los Estados miembros. En cambio, en el caso de los refugiados es el Estado quien estima ambos conceptos y, por lo general, uno es consecuencia del otro. La unicidad del sujeto marca la diferencia.

expulsión aplicadas a extranjeros en virtud de un alto arraigo en el país⁶²-. En cualquier caso, no se olvide que en virtud del artículo 20 una vez haya finalizado la Protección Temporal, se aplicará el derecho general en materia de protección y extranjería de los Estados miembros, sin perjuicio de las disposiciones sobre retorno forzoso –posibilidad de solicitar reagrupación familiar-. En consecuencia, será en ese ámbito de materias donde se dilucidarán estos expedientes.

Más controvertido resulta crear obligaciones estatales respecto a la creación de fuertes vínculos sociales y económicos. Las características de este dispositivo —temporalidad, subsidiariedad, excepcionalidad, etc.— parecen contrarias a estas circunstancias, con la salvedad nuevamente de que cupiera algún supuesto en el marco de la legislación de extranjería estatal, pero no en el caso que nos atiende del artículo 22.2 de la Directiva⁶³.

De esta forma, volvemos al inicio del planteamiento, ¿cuál es el significado de “razones humanitarias imperiosas”?; El objetivo de la disposición puede intuirse pero, ¿qué supuestos integra?

Como en otras ocasiones, acudir a los trabajos preparatorios y a los comentarios de la Comisión en su redacción de las diferentes versiones de la Directiva, suele arrojar mucha luz en cuanto al contenido previsible del articulado. Sin embargo, en esta ocasión consideramos que más que luces se encuentran sombras.

En palabras de la Comisión:

“Este artículo garantiza que, después de la protección temporal y con motivo de las decisiones relativas al regreso o expulsión de un solicitante de asilo a quien se hubiera denegado éste o de una persona que se hubiera beneficiado de protección temporal, el Estado miembro examina (sic) si razones humanitarias imperiosas de carácter humanitario justificarían la aplicación de una protección subsidiaria, de una tolerancia en espera de la expulsión o de una solución duradera como una reinstalación o un permiso de residencia permanente o de larga duración. Estos supuestos pueden ser, por ejemplo, la persistencia de un conflicto armado o graves violaciones de derechos humanos, el irrealismo (sic) del regreso debido a la pertenencia étnica o de otro tipo de un individuo o grupo de individuos, la imposibilidad del regreso de las personas enfrentadas al riesgo de tortura o trato cruel o inhumano”⁶⁴.

El texto nos suscita algunas consideraciones:

62. Véanse, *v.gr.*, *Gül contra Suiza*, 16 de febrero de 1996 (Appl. nº. 23218/94). *Abmut contra Países Bajos*, 26 de octubre de 1996 (Appl. nº. 21702/93). *Ciliz contra Países Bajos*, 11 de julio de 2000 (Appl. nº. 29192/95).

63. Muestra igualmente las dificultades de un supuesto derecho a permanecer en el Estado en base a consideraciones familiares, sociales o económicas: FITZPATRICK, J. ‘Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regimen’, *op. cit.*, p. 304.

64. *Propuesta de Directiva de 2000*, Comentario de la Comisión al artículo 20 (actual 22.2).

Según el artículo 22 de la Directiva, el Estado debía adoptar medidas para garantizar el regreso forzoso dentro del respeto de la dignidad humana, una vez la protección hubiera llegado a su fin y siempre que los antiguos beneficiarios no pudieran optar por la admisión. En su momento dijimos que aquellos expedientes solicitando asilo u otras formas de protección internacional que no se hubieran resuelto durante la Protección Temporal debían dilucidarse en este momento, con carácter previo al retorno. Por lo tanto, no consideramos que la protección subsidiaria pueda ser consecuencia en exclusiva de la aplicación del precepto 22.2, pues en ese caso no cabría hablar de “razones humanitarias imperiosas” sino también *legales* que devendrían de la aplicación del artículo 3 del CEDH y que tiene su reflejo en la normativa interna de los Estados al respecto y en la Directiva en trámites de adopción.

En segundo lugar, centrándonos ya en el contenido del concepto “razones humanitarias imperiosas que en algunos casos concretos pueden hacer el regreso imposible o poco realista”, la Comisión alude, *inter alia*, a “la persistencia de un conflicto armado o graves violaciones de derechos humanos”, sin embargo, este mismo motivo invalidaría la decisión del Consejo en torno a la cesación del régimen que debe garantizar un regreso seguro y duradero (artículo 6.1.b) y en estas condiciones sería imposible su consideración.

Diferente es que nos hallemos ante el caso de cesación vía expiración y, en ausencia de decisión del Consejo en torno a los cambios en el país de origen, los Estados miembros no podrían decidir el retorno forzoso de los desplazados si aún pervivieran las razones que provocaron el exilio (las razones que cita la Comisión encajan en los motivos de activación de la Protección Temporal: artículo 2.c).

El resto de motivos (regreso debido a la pertenencia étnica o de otro tipo de un individuo o grupo de individuos, la imposibilidad del regreso de las personas enfrentadas al riesgo de tortura o trato cruel o inhumano) entroncan con la interpretación del principio de *non refoulement* ampliado con el artículo 3 del CEDH y, por tanto, con las obligaciones jurídicas que tienen los Estados miembros al respecto. En la medida en que se trata de consideraciones más fáciles de evaluar en un proceso de determinación individual, es posible que hubiera una decisión de cesación del régimen por parte del Consejo en términos generales sobre el regreso seguro y duradero y, más tarde, pasado el testigo a los Estados que son los que aplican las medidas subsiguientes a la Protección Temporal, fueran ellos los competentes para extraer del conjunto los casos particulares que requieren una protección adicional. El puente entre las “razones humanitarias imperiosas” y el asilo o la protección subsidiaria es evidente.

Las dificultades de un concepto indeterminado como el que se analiza –unido a los comentarios algo confusos de la Comisión en los trabajos preparatorios– permiten diferentes lecturas del artículo 22.2 de la Directiva. Los hay que desde una perspectiva más prudente y marcada por la prevención, consi-

deran que pudiera contradecir las condiciones de cesación⁶⁵. No obstante, otra lectura es posible, el artículo 22.2 podría considerarse una salvaguarda de la decisión principal del Consejo. El Estado tendría la competencia para excluir de la expulsión a aquellos que *grosso modo* a través de la decisión del Consejo estarían en disposición de volver a casa y ello gracias al margen de apreciación que permite un concepto indeterminado como éste. Se trataría de una especie de cláusula humanitaria definida en el marco general pero aplicable e interpretable por los Estados según el caso particular.

El Consejo toma en consideración las circunstancias “colectivas”, en cambio, los Estados tienen la oportunidad de atender a las “particulares”, en mejor aplicación del principio de no devolución en su versión europea, para los supuestos más graves.

C. LA SUSPENSIÓN DEL REGRESO FORZOSO PRECEPTIVA PARA LOS ENFERMOS Y OPCIONAL PARA LOS MENORES ESCOLARIZADOS.

La última disposición de la Directiva dedicada al regreso forzoso es el artículo 23 destinado a regular la posible suspensión de dicha decisión por un periodo determinado de tiempo.

La norma de Derecho derivado atiende a determinadas circunstancias subjetivas de los beneficiarios, en función de las cuales y mientras perduren, permitirán una prórroga en los permisos de residencia y, por tanto, una demora en la decisión de expulsión.

Como habíamos avanzado, la suspensión puede resultar de las disposiciones más llamativas de esta materia por lo que tiene de precisión de obligaciones jurídicas (primer apartado), y de novedad (en el segundo de los mismos). Veamos en qué consiste:

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias relativas a las condiciones de residencia de las personas que hayan recibido protección temporal y que, debido a su *estado de salud*, no estén en condiciones de viajar, por ejemplo, cuando una interrupción del tratamiento médico a que estuvieran sometidas pudiera acarrear un agravamiento importante de su estado. Estas personas *no serán expulsadas mientras dure dicha situación*.

2. Los Estados miembros podrán autorizar a las familias cuyos hijos *menores estén escolarizados* en dicho Estado miembro a que se beneficien de condiciones de residencia que permitan a dichos hijos terminar el periodo escolar en curso”⁶⁶.

Entre los límites que impone la Directiva a la competencia estatal de expulsión de los desplazados nos encontramos con esta disposición que en su

65. GORTÁZAR ROTAECHE, C. «La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un derecho comunitario europeo en la materia», *op. cit.*, p. 34.

66. La cursiva es de la autora.

primer apartado *impone una obligación jurídica de suspensión* de retorno respecto a los enfermos, mientras no se encuentren en condiciones de viajar y, en segundo lugar, *deja libertad a los Estados para decidir en el mismo sentido*, respecto a los menores escolarizados con objeto de que finalicen sus estudios.

El primer supuesto confirma la posible interpretación del retorno forzado de personas en tratamiento médico como un trato inhumano que sería contrario a las obligaciones estatales en la materia. No obstante la existencia de dicha normativa que crea un derecho subjetivo en aquellos beneficiarios que se hallen con dificultades en su estado de salud para reclamar su permanencia en el Estado de acogida, la concreción de dicha obligación que aparece de esta forma expresa y precisa, resulta digna de mención⁶⁷.

Diferente es el caso de los menores escolarizados. En función del artículo 14 de la Directiva se estipulaba el derecho de los menores de diez y ocho años a acceder al sistema de educación del Estado de acogida. Una vez se ha dado por terminada la protección de la que habían disfrutado, la fecha de retorno puede no coincidir con la de finalización del curso (trimestre, semestre, final del año escolar), que estuvieran realizando⁶⁸. Es por ello que se da la oportunidad al Estado de decidir —en la transposición de la Directiva—, si le resulta preceptivo o no primar el “interés superior del menor” y permitir, así, que finalice los estudios en curso.

En este caso, no crea un derecho subjetivo aún, no obstante, sienta las bases para una mejor protección de los menores que, a pesar de las circunstancias de la huida —o en mayor medida a causa de ellas—, requieren ver garantizada su formación ya que, en situaciones tan dramáticas como las vividas en los desplazamientos masivos, ésta entronca con necesidades tan básicas como la salud psicológica de los menores.

El problema jurídico que la Directiva deja sin resolver se refiere al estatuto que deberían gozar los antiguos beneficiarios de la Protección Temporal que han visto prórrogado su derecho a permanecer en el país por estas circunstancias. El artículo 23 obliga a la adopción de medidas relativas a las condiciones de residencia pero nada dice sobre el resto de derechos recogidos en el capítulo III de la Directiva (artículo 21.3), por lo que nos hace pensar que se trata en exclusiva de una extensión del permiso de residencia sin más.

67. Según la Comisión en su comentarios a la *Propuesta de Directiva de 2000*, cabe interpretar que incluye tanto el tratamiento médico como el psicológico (comentario al artículo 22 de la Propuesta).

Según la organización *Medical Foundation*, en el contexto de la crisis kosovar, muchos de los desplazados que solicitaron una extensión de la protección temporal para obtener un tratamiento médico y psicológico, que en ningún caso hubieran podido obtener en su país de origen, vieron denegado tal reclamo. En el futuro la disparidad entre los Estados miembros, en este aspecto, no será posible. MEDICAL FOUNDATION. *Comments of the Medical Foundation on the Commission Proposal for Council Directive*, para. E.1, pp. 11-12.

III. MEDIDAS SUBSIGUIENTES A LA PROTECCIÓN TEMPORAL.

1. SUPUESTOS DE HECHO Y REGULACIÓN EN REMISIÓN A LA NORMATIVA NACIONAL DE CADA ESTADO.

Si se recuerda el artículo 20 de la Directiva, éste disponía la aplicación del Derecho general en materia de protección y extranjería en los Estados miembros una vez hubiera finalizado la Protección Temporal, sin perjuicio de las estipulaciones en torno al regreso de los desplazados (artículos 21 a 23).

Analizado, pues, el retorno como solución natural del sistema resta por investigar en qué supuestos cabría adoptar otro tipo de medidas bien intermedias o provisionales, como por ejemplo la aplicación de una protección temporal de carácter nacional –y que seguiría compartiendo la peculiaridad de la interinidad en la acogida–, bien definitivamente alternativas al retorno, supuestos estos relacionados con la determinación del estatuto de refugiado o la protección subsidiaria, así como las opciones eventuales de obtención del permiso de residencia en el Estado miembro⁶⁸.

Aunque en un principio cabría interpretar que también las personas de edad avanzada pudieran hallarse en circunstancias tales que les impidieran viajar y, por tanto, ser merecedores de tal derecho, no parece que así sea, tanto por el ejemplo utilizado en la propia disposición, como por los comentarios de la Comisión centrados en casos de tratamiento médico específico.

68. Los Estados miembros conservan la posibilidad de definir lo que entienden por “curso escolar”. *Propuesta de Directiva de 2000*, Comentario de la Comisión al artículo 22.

69. La Comisión también incorpora en sus Comentarios a los artículos de la *Propuesta de Directiva de 2000*, unos supuestos de hecho a modo de orientación: “(...) Una vez finalice la protección temporal, debe aplicarse el derecho común en materia de protección y sobre la entrada y estancia de los extranjeros. Así pues, pueden presentarse diversas situaciones: 1. Los Estados miembros deben examinar las solicitudes de asilo de las personas que hayan deseado presentarlas; 2. En caso de que se rechacen, puede aplicar una protección subsidiaria o una orden de abandonar el territorio según la situación personal del solicitante o la que exista en el país de origen; 3. De no presentarse solicitud de asilo, se aplica el Derecho sobre residencia de los extranjeros; 4. En caso de nuevas entradas en el territorio de los Estados miembros, se aplica el Derecho común de asilo y sobre entrada y permanencia de extranjeros; 5. Los Estados miembros pueden aprobar programas de reinstalación. La Directiva establece normas por las que se puede aplicar este principio básico, tomar en consideración situaciones específicas e instaurar programas de regreso voluntario”.

En atención a la normativa vigente en España, el artículo 23 del *Reglamento sobre el régimen de protección temporal* dispone: “1. Los beneficios de la protección temporal cesarán de forma automática en los siguientes casos: a). Por el transcurso del plazo establecido en el artículo 7.1; b). Cuando el beneficiario de protección temporal haya obtenido la nacionalidad española; c). Cuando voluntariamente decida el beneficiario de la protección temporal regresar a su lugar de procedencia y así lo manifieste de forma expresa ante la autoridad gubernativa competente; d). por renuncia expresa del beneficiario; e). Cuando se efectúe el traslado del beneficiario al territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21.4; 2. El Ministro de Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, declarará cesados los beneficios de la protección temporal por renuncia tácita del beneficiario. Se entenderá que se ha producido una renuncia tácita cuando el interesado, tras haber sido requerida su comparecencia ante la autoridad competente para la realización de un trámite indispensable, no se personare en el plazo de 45 días desde que se practicó el requerimiento, salvo que se acredite que la comparecencia fue debida a causa justificada”.

La Directiva se limita a realizar una remisión a la legislación interna de los Estados, por tanto en nuestro caso, será estudiada esta sucesión de regímenes legales de protección en aquello en lo que entren en interacción con la Directiva objeto de análisis, pues aunque ajenos a la regulación de la misma consideramos que deben converger –en tanto que herederos unos de otros–, en aquello que resulten sus principios generales. Asimismo, se apuntará, en cualquier caso, la normativa europea armonizadora vigente o pendiente de adopción que pudiera ser aplicable al caso concreto –a modo de hipótesis de trabajo–, sin descender, eso sí, a la específica regulación de orden interno estatal.

El modelo de protección que preconiza la Directiva resulta claramente orientado al regreso al país de origen de aquellos obligados al exilio; esta orientación resulta tan determinante en la aplicación de esta fórmula de acogida que la permanencia en el Estado miembro, una vez se hubiera dado por terminado oficialmente el dispositivo, resulta del todo una medida excepcional y extraordinaria que sólo pudiera ser efectiva una vez se hubieren considerado determinadas circunstancias objetivas –en relación con la situación existente en el país de origen, y subjetivas –en atención a las particularidades individuales de cada desplazado–, por lo que una vez finalizado el dispositivo de Protección Temporal, la determinación grupal y singular se confunden necesariamente y por imperativo legal.

Como ya se había indicado *supra*, la permanencia no puede calificarse en todos los casos de “permanente” como sinónimo de indefinida, pues algunas de las soluciones posteriores al dispositivo de la Directiva vuelven a gozar de la cualidad de la temporalidad (protección temporal nacional o el caso de la protección subsidiaria en la primera fase). De entrada a lo que obliga la Directiva –así cabría sostenerlo a partir del artículo 20 *in fine*– es a que se tienda un puente entre la finalización de la Protección Temporal europea y la seguridad en el regreso, esto es, una suerte de protección temporal nacional y ello con independencia de otros supuestos excepcionales para los casos en los que el retorno resulta del todo inviable.

En la regulación normativa de esta fase del procedimiento es en la que la Directiva aparece más de mínimos que nunca al legislar en completa remisión directa al ordenamiento jurídico estatal. Si se requiere una acogida de mayor tiempo de duración para los desplazados masivos –salvando los casos de suspensión del retorno por los motivos analizados en los artículos 22 y 23–, necesariamente ha de resultar objeto de una decisión que adopten los Estados en aplicación de los medios que estimen oportunos –siempre y cuando resulten compatibles con las obligaciones internacionales–. Se trata de regímenes en tal medida extrínsecos a la regulación de la Protección Temporal que ni siquiera se adopta una mínima disposición armonizadora, peculiaridad que en más de un supuesto va a obtener como resultado dificultades jurídicas de toda índole.

En consecuencia, se ha de resaltar el absoluto protagonismo que en estos momentos adquieren los Estados miembros en detrimento de las instituciones comunitarias. Se produce así, un relevo en el órgano decisor, pues no se indica un objetivo concreto a conseguir sino, en exclusiva, un llamamiento al ordenamiento jurídico a aplicar. El mismo principio de subsidiariedad que hacía imprescindible que fuera el Consejo quien activara y cesara el dispositivo europeo de acogida, puede explicar que sean, en esta materia, los Estados los sujetos competentes.

No obstante, con objeto de contrarrestar las posibles situaciones divergentes que esta medida pudiera producir, nótese que la legislación en materia de protección y extranjería se haya fuertemente *condicionada por el proceso de armonización europeo*, así como por las obligaciones internacionales pertinentes. El objetivo de creación de un “espacio de libertad, seguridad y justicia” (Tratado de Amsterdam) va a influir sobremanera en la normativa nacional, con la única salvedad de que se trata de un proceso inconcluso (piénsese en las propuestas de Directivas que aún están pendientes de aprobación por el Consejo).

De esta forma, la respuesta normativa ante el supuesto de hecho que se analiza resulta dependiente de normas nacionales (divergentes pero convergentes en aquello dictado por el *in fieri* proceso de armonización europeo); y de Directivas pendientes de adopción. Todo ello, en consecuencia, dejará algunas preguntas sin una clara respuesta unívoca.

Tal y como sucedía en otras áreas objeto de análisis en este trabajo, no será posible adclantar fijos parámetros de aplicación sino más bien aproximaciones a una realidad marcada por el caso concreto. De cualquier forma, ya que nuestra tarea no es de Derecho comparado huelga estudiar los distintos mecanismos previstos en los Estados, lo que no nos exime de la visión panorámica de la normativa comunitaria que en su proceso de armonización pueda influir sobremanera en la dilucidación de los diferentes expedientes. Con ello se podrán comprobar los problemas jurídicos que se observan *a priori* en aquello en lo que la sucesión de regímenes pudiera interaccionar con la Directiva que acaba de aplicarse y ha dejado de tener efectos jurídicos pero que, en alguna manera, ha de seguir influyendo –al menos en lo que respecta a sus principios básicos–, en el tratamiento debido a las personas objeto de protección internacional.

2. SOLUCIONES INTERMEDIAS O ALTERNATIVAS AL REGRESO. LA APLICACIÓN DEL DERECHO GENERAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y DE EXTRANJERÍA.

Realmente, se ha de tomar en consideración dos supuestos, uno basado en circunstancias objetivas y otro de carácter individual, que pueden dar lugar a la aplicación de un diverso régimen jurídico –en el marco de la legislación nacional de protección y extranjería–, en función del cual, la opción del regreso pudiera o bien no materializarse de forma inmediata o bien invalidarse con

carácter permanente. La consecuencia de primer orden para los desplazados que se hallen en una u otra circunstancia variará, por consiguiente, entre aquellos que puedan seguir disfrutando de la acogida, aunque ésta siga caracterizándose por la interinidad, y aquellos que pudieran optar a regímenes cualificados de extranjería con vocación de permanencia, es decir, con tendencia a la integración en el país.

Cuando se alude al necesario examen de las circunstancias objetivas se hace referencia al particular supuesto según el cual la cesación del dispositivo no se ha producido a través de una decisión del Consejo, en cuya virtud se hubiera estipulado el regreso seguro y duradero de los desplazados (artículo 6.1 b. y 6.2 de la Directiva), sino por efecto de la propia expiración del régimen (artículo 6.1.a). Pasados los tres años considerados como plazo máximo para la vigencia de la Protección Temporal, sin una decisión de la más alta autoridad a este respecto, el Estado se halla en la ineludible obligación de atender a las circunstancias objetivas del país de origen que hacen del retorno una solución imposible *a priori*—en caso contrario se trataría de una devolución prohibida por el Derecho internacional—. En este particular se han de prever medidas alternativas al mismo.

Con independencia de la posibilidad legal que tiene el Estado de otorgar en estos casos soluciones de permanencia con carácter grupal—algunos países tomaron esta decisión en el caso de la antigua Yugoslavia⁷⁰—, no es posible obviar que igualmente, en este supuesto, una hipotética solución que estaría a disposición de los Estados—y que, en principio, nada impide considerar—sería la aplicación de una nueva protección temporal, en esta ocasión de carácter nacional y fuera ya del marco comunitario. Si ello fuera así, se prolongaría la acogida por un periodo de duración más extenso, en espera de la pronta solución de las causas subyacentes al exilio a gran escala. Una vez producidos los cambios ineludibles en el país de origen, el Estado miembro tendría la posibilidad de iniciar los trámites oportunos para el regreso, siempre seguro y duradero, de los desplazados en su territorio. De esta forma, la protección temporal propia de los Estados miembros se convertiría en una especie de prórroga de la temporalidad europea decidida, en este caso, a nivel nacional.

En este caso, no obstante, se han de atender determinados requisitos que, por un lado, pretenden la salvaguarda del estatuto jurídico de los desplazados, y por otro, evitar en lo posible un excesivo uso del periodo de interinidad.

70. Según el interesante estudio de la Profesora Dacyl—en torno al modelo de protección sueco— más de 66.000 personas originarias de Bosnia y Herzegovina obtuvieron permisos de residencia permanente por razones humanitarias. DACYL, J. «Protection Seekers from Bosnia and Herzegovina and the Shaping of the Swedish Model of Time-Limited Protection», en *IJRL*, vol. 11, nº 1, 1999, pp. 189-190.

En el mismo sentido, pero en un estudio que aborda un mayor número de países, véase: KOSER, K., WALSH, M., BLACK, R. «Temporary Protection and the Assisted Return of Refugees from the European Union», *op. cit.*, p. 459.

En primer lugar, resulta imprescindible garantizar, al menos, la equivalencia entre los derechos que se venían disfrutando en aplicación de la Directiva de Protección Temporal y aquella que comience sus efectos jurídicos en sucesión de la misma. Se entiende que a mayor prolongación de la estancia de estas personas exiliadas en países europeos su grado de integración, a través de una mayor participación en el *modus vivendi* de aquel país donde reside, ha de ser más elevado. Lo contrario, no sólo sería una violación de los principios fundamentales básicos en el marco de protección de los derechos humanos, sino que igualmente, si no se mantiene el estándar mínimo establecido por la Directiva, se corre el riesgo de una excesiva falta de coherencia entre los diferentes regímenes jurídicos internos que harían de la adopción de esta medida una solución discriminatoria en tales casos.

La ausencia de comunitarización de las medidas aplicables una vez se hubiera dado por terminada la Protección Temporal europea, sólo cabe compensarse con un traslado a nivel nacional, en todos los Estados miembros, de sus principios esenciales, para evitar la discriminación y la disminución de la calidad de vida de aquellos obligados a permanecer más tiempo entre nosotros.

Con objeto de introducir un ejemplo ilustrativo de lo anterior, es imprescindible que se adopten algunas medidas correctivas de la protección temporal nacional cuando ésta sucede a la europea. En concreto, resulta imprescindible dar curso legal a los expedientes de solicitud del estatuto de refugiados, no ya sólo por imperativo de la Directiva (artículo 17.2) sino que una nueva suspensión del derecho de asilo en virtud de la legislación interna sería contraria a la Directiva y violaría el DIR. Aunque la suspensión de la determinación de las solicitudes de asilo fuera posible según la legislación de protección temporal nacional, si ésta se hubiera aplicado en una primera fase de acogida –por tanto, respecto a una afluencia de desplazados en ese territorio–, cuando la protección temporal nacional aparece en escena como sucesora de la Directiva ha de compatibilizar la determinación grupal con la individual. Si existieran solicitantes de asilo no cabría más que estudiarlos tal y como indica el artículo 17 ya analizado.

En segundo lugar e íntimamente relacionado con el anterior supuesto, el Estado no debiera obtener una absoluta libertad para el establecimiento del periodo de duración de la protección temporal nacional siempre que ésta sucediera a la europea, con objeto de evitar la excesiva interinidad en base a las más elementales consideraciones de humanidad.

En realidad, los primeros instrumentos jurídicos adoptados sobre protección temporal contemplaban la sucesión de regímenes entre el europeo y el nacional pero sin dejar lugar a dudas sobre el carácter de mayor permanencia de estos últimos. Así por ejemplo, la *Propuesta de Acción Común de 1997* y la *modificada de 1998* contemplaban la siguiente disposición:

“Si transcurrido un periodo de cinco años a partir del establecimiento de un régimen de protección temporal, el Consejo no hubiere adoptado una decisión para

suprimir gradualmente el régimen con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, los Estados miembros deberán examinar si procede introducir *medidas a largo plazo para los beneficiarios de la protección temporal*⁷¹.

La disposición, obviamente, también había sido objeto de recomendación por el Alto Comisionado preocupado por la extensión *ad extremis* de la temporalidad de la acogida cuando resultaba evidente la imposibilidad del retorno. Así se expresaba:

“If return remains impossible (...) States should review the situation of temporarily protected persons, with a view to reducing their psychological uncertainty and to identify long-term solutions, while ensuring that satisfactory standards are maintained”.

De hecho, en marzo de 1994, ante la prolongación del conflicto en la antigua Yugoslavia, la Oficina recomendó que los países de acogida reconocieran a los beneficiarios de protección temporal la condición de refugiados en virtud de la Convención de Ginebra, o por razones humanitarias con una protección y beneficios análogos, o bien adoptaran en su favor medidas especiales que tuvieran el mismo efecto⁷².

Todo ello nos conduce a una conclusión que ya se había observado al hilo del análisis de otras áreas en este trabajo, es decir, la necesidad de transposición de esta Directiva por parte de los Estados miembros para una diáfana delimitación de estos supuestos. Ya se adelantaba en el epígrafe introductorio de este Capítulo Sexto que, por hipótesis, los Estados para dar cumplimiento a esta Directiva (garantía de resultado), podrán verse obligados a modificar sus respectivos ordenamientos, y a establecer sistemas nacionales de protección temporal, de modo que pudieran cubrir la distancia que hay entre el término de los tres años y la realidad de un regreso seguro. Ahora y como añadido parece imprescindible que esa modificación logre la necesaria distinción entre el dispositivo de protección temporal nacional que pudiera activar el Estado en caso de sufrir una afluencia masiva en su territorio –que asimismo pudiera ir pareja a la que sirviera de respuesta ante la posibilidad de activación por parte del Consejo (aplicación de la Directiva de Protección Temporal)–, y distinguir entre los diversos supuestos de hecho, como éste de sucesión *a posteriori* entre una y otra.

En segundo lugar, pero no por ello necesariamente posterior al estudio de las circunstancias objetivas –pues, ya se había adelantado que se trata de consideraciones que no son excluyentes– se ha de atender a las circunstancias subjetivas de los desplazados, en virtud de las cuales aún pudieran ser acree-

71. La cursiva es de la autora.

72. ACNUR. Standing Committee. *Progress Report on Informal Consultation on the Provision of International Protection to All Who Need It, EC/47/SC/CRP.27*, 30 mayo 1997, para.4.r).

dores de protección internacional o reunir los requisitos necesarios para permanecer en el país de acogida, en función de los permisos de residencia en el marco de la legislación de extranjería.

En este último caso –con independencia de la reagrupación familiar con ciudadanos comunitarios, supuesto éste que además atendería a la eventualidad de un matrimonio con un nacional del Estado miembro–, resulta difícil aventurar posibilidades jurídicas en atención a la ausencia de disposición alguna en la Directiva de Protección Temporal (cuestión, pues, que debiera también regular la legislación de transposición) sobre las posibilidades jurídicas de tomar en consideración la estancia en los Estados miembros –bajo el estatuto de acogida temporal– como computable a los efectos de solicitud de permisos de residencia o incluso la naturalización⁷³.

73. Toda esta materia se halla condicionada por la normativa comunitaria que se ha adoptado en los últimos años y aquella que está siendo objeto de atención en estos momentos (piénsese, por ejemplo, en la *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia*: COM/2001/0386 final). Esta influencia es reconocida por la propia normativa española en su Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

En función de la misma, los extranjeros residentes son definidos como aquellos que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente (artículo 29.3). La diferencia entre ambos estatutos puede comprobarse en los siguientes artículos que transcribimos:

“Artículo 31. Situación de residencia temporal. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre): 1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a los cinco años podrán prorrogarse a petición del interesado si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones de residencia temporal y de sus prórrogas se establecerá reglamentariamente. 2. La situación de residencia temporal se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de esta Ley, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. Reglamentariamente se establecerán los criterios a los efectos de determinar la suficiencia de los medios de vida a que se refiere el presente apartado. 3. La Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, así como a aquéllos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía, en especial por lo que se refiere a la justificación de medios económicos de subsistencia, y permanencia de forma continuada en el territorio español. 4. Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente. 5. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar el

En éste último caso, en la medida en que los beneficiarios de la acogida tienen reconocido el derecho a ejercer actividades retribuidas por cuenta propia y ajena contribuyendo, así, al Estado en el que residen (incluso con los impuestos que correspondan), parecería oportuno considerarlo de este modo⁷⁴, con independencia de la aplicación de la analogía con la situación de los refugiados que sí suele contemplar la legislación estatal⁷⁵. No obstante,

permiso de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena. 6. Los extranjeros con permiso de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad y domicilio. 7. Excepcionalmente, por motivos humanitarios o de colaboración con la Justicia, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener el visado a los extranjeros que se encuentren en territorio español y cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia. Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias de los artículos 17 y 18 y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año. -Artículo 32. Residencia permanente. 1. La residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. 2. Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

74. *Vid.*, van SELM, J. "Temporarily Protecting Displaced Persons or Offering the Possibility to Start a New Life in the European Union", en *EJML*, nº 3, 2001, p. 34.

75. El artículo 20 de Ley 36/2002, de 8 de octubre de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (*BOE*, nº 242, 9710/2002, pp. 35638-35640) se dedica a establecer los criterios para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

Basada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, básicamente concibe el requisito de convivir como la prueba de que existe, en el ánimo del interesado, la voluntad de integrarse en la comunidad española.

El artículo dispone lo siguiente: "1. Para la concesión de a nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal y sefardíes. 2. Bastará el tiempo de residencia de un año para: a) el que haya nacido en territorio español; b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar; c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos si continuare en esta situación en el momento de la solicitud; d) El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviera separado legalmente o de hecho; e) El viudo o viuda de española o español si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho; f) El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles. 3. En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. A los efectos de lo previsto en el párrafo d) del apartado anterior, se entenderá que tiene residencia legal en España en cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero. 4. El interesado deberá justificar en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española. 5. La concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa".

existen igualmente argumentos en contra partiendo de la propia esencia del sistema de Protección Temporal, fórmula de protección que a diferencia del estatuto de refugiado no pretende una integración *a priori* sino como fórmula de excepción. En este caso, a pesar de las similitudes que aconsejarían una aplicación de la analogía para evitar la discriminación, la dinámica propia de la protección también pudiera servir de argumento en contra de tal disposición. En cualquier caso, si nos parece oportuno que el tiempo de residencia compute sino al mismo nivel que los refugiados al menos en lo que respecta al máximo exigible a los residentes en general.

En atención igualmente a las circunstancias particulares de los desplazados y en aplicación de la legislación en materia de protección, se ha de atender a aquellos individuos que aún pudieran conservar motivos justificados para temer por su vida o su libertad en su país de origen, en este caso con independencia de que se hubiera dictado una cesación del dispositivo de Protección Temporal a través de la decisión del Consejo sobre las posibilidades del regreso seguro y duradero de los exiliados o por la propia expiración del régimen si fuera el Estado, de forma individualizada, quien dictara la decisión de la vuelta a casa.

Si se considera el concepto de persona desplazada adoptado por la Directiva, éste puede albergar a potenciales refugiados o aquellos necesitados de protección internacional por temor a sufrir alguno de los “daños graves” (según los términos de la *Directiva de Refugiados y Protección Subsidiaria*). En estos supuestos, las personas afectadas tienen derecho a solicitar una protección internacional diferente a la disfrutada a través de la Directiva europea. Recuérdese que incluso puede tratarse de individuos que, una vez en el Estado miembro, ya hubieran solicitado asilo y la determinación de su estatuto quedara en suspenso por voluntad nacional (artículo 17.2 de la Directiva). Cesado el régimen temporal ha llegado el momento de resolver los expedientes ya iniciados o aquellos surgidos al tiempo de la cesación, pues en virtud del artículo 17 de la Directiva estarían obligados en estos momentos a darles curso legal.

Nos hallamos, pues, en el supuesto de hecho en el que entran en interacción la Protección Temporal, el refugio y la protección subsidiaria. Como ya advirtiera el Comité de las Regiones:

“(…) la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas es un objetivo importante del espacio de libertad, seguridad y justicia. Es un elemento esencial del sistema de refugio europeo común, que debe garantizar el funcionamiento de estos dos elementos: “el estatuto de los refugiados

Resulta interesante resaltar el supuesto de los menores no acompañados beneficiarios de protección temporal que hayan dispuesto de representación legal y que con anterioridad a la plazo de finalización máximo estipulado para la cesación de la Protección Temporal pudieran cumplir el requisito temporal del apartado c) del artículo 20. O aquellos que pudieran haber contraído matrimonio con españoles, apartado d).

basado en la Convención de Ginebra” y “la protección subsidiaria mediante los sistemas de asilo nacionales”⁷⁶.

No nos interesa en el marco de este trabajo analizar al detalle los requisitos sustantivos ni procedimentales de tales fórmulas de protección a las que la Directiva se limita a realizar una remisión. Sí resulta del todo imprescindible llamar la atención sobre las posibilidades evidentes de que la obtención previa de un estatuto de acogido temporal pudiera determinar *a posteriori* la dilucidación de los expedientes de asilo o protección subsidiaria. Se trata, en definitiva, de analizar en qué medida pueden entrar en interacción, es decir, qué principios de la Directiva de Protección Temporal pudieran informar el procedimiento tanto en términos positivos como en términos negativos. Veámoslo con más detalle.

En relación a los posibles efectos positivos, se ha de recordar que el propio artículo 18 de la Directiva de Protección Temporal impide la aplicación del llamado, *Reglamento Dublín II*, por el cual se establece el Estado miembro responsable de la determinación del Estado una solicitud de asilo presentada en fronteras comunitarias y que, a parte de que su aplicación pudiera trasladar la responsabilidad del estudio a otro Estado miembros diferente a aquel en el que ha estado acogida al régimen de Protección Temporal, tras los años de permanencia en ese Estado miembro resultara del todo inhumano⁷⁸, obtiene escasos efectos prácticos, por lo que se valora su exclusión en este caso concreto.

En realidad, el problema de mayor interés y que plantea especiales dificultades jurídicas se refiere a la influencia que la forma de cesación de la Protección Temporal —que consideramos puede resultar determinante—, puede llegar a tener en la determinación de los estatutos de refugiado y protección subsidiaria.

El problema reside cuando se ha puesto fin al dispositivo de Protección Temporal debido a una decisión del Consejo que ha determinado la existen-

76. COMITÉ DE LAS REGIONES. *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva*, para. 2.

77. *Reglamento (CE). nº 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.* DOCE L, nº 50 de 25/02/2003.

Sí consideramos que resulta aplicable, en cambio, la *Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros*, pues el artículo 19 que estipulaba la posibilidad de que el Estado optase entre la acumulación o no entre los estatutos de acogido temporal y solicitante de asilo, no resulta de recibo en nuestro caso, una vez se ha dado por finalizada la Protección Temporal y con ella sus beneficios.

78. Así se expresaba ECRE. *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing* (enero 2001), p. 10.

cia de condiciones favorables para la vuelta a casa o bien el régimen ha cesado por expiración y es el Estado –de forma individualizada y, en consecuencia, con mayor libertad al efecto–, el que estima que procede efectuar el regreso de los mismos. En estos casos, aquellos que no opten por participar en un programa de regreso voluntario y estimen conveniente solicitar otro estatuto de protección internacional se pueden hallar con serias dificultades, en primer lugar en torno a la prueba de la “persecución” o del riesgo real de sufrir daño grave.

La misma cuestión se plantea la Profesora Fitzpatrick al hilo del análisis de la finalización de la protección temporal cuando se interroga sobre: “these delayed asylum claims may often the question of whether the past persecution was so severe as to justify humanitarian relief to remain, despite the cessation of persecution”. Al igual que ocurre en el marco del asilo, la Profesora alerta de los muchos obstáculos procesales y sustantivos que pueden encontrar con objeto de demostrar el impacto personal que ha podido tener en el sujeto individualmente considerado los reconocidos cambios en el país de origen. Éstos pudieran haber dado lugar a una cesación del peligro a nivel general pero en estas circunstancias se trata de demostrar si éstos han sido los suficientemente importantes como para eliminar la amenaza en ese sujeto particular. Ahí es donde la carga de la prueba puede llegar a considerarse un obstáculo determinante.

Según el artículo 3 de la Directiva, “La Protección Temporal se entenderá sin perjuicio del reconocimiento del estatuto de refugiado de conformidad con la Convención de Ginebra”, no obstante, si la cesación se ha producido por una constatación de la viabilidad del regreso por las más altas instancias comunitarias, evidentemente, la solicitud se dilucidará en procedimiento acelerado que pudiera hacer más difícil de demostrar, en ese caso, la persecución individual o el riesgo real de sufrir daño grave. La cesación por el artículo 6.1.b sí puede prejuzgar el reconocimiento de otro estatuto de protección. La cesación vía artículo 6.1.a está sujeta ampliamente a la determinación estatal, lo cual provoca una fragmentación impropia de la Comunidad europea.

En atención a la *Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos de concesión y retirada del Estatuto de refugiado en los Estados miembros*⁷⁹, cabe considerar la posibilidad de aplicación de un procedimiento acelerado con el fin de:

79. DOCE nº 291 E de 26/11/2002. Ésta última puede resultar igualmente aplicable a los casos de protección subsidiaria, a pesar de su enunciado, en virtud del artículo 3.3: “Los Estados miembros podrán decidir aplicar las disposiciones de la presente Directiva a los procedimientos para decidir sobre solicitudes de otro tipo de protección, distinta de la derivada de la Convención de Ginebra, respecto de personas que resulten no ser refugiados”.

1. Tramitar solicitudes de asilo consideradas inadmisibles conforme a la Sección II.
2. Tramitar solicitudes de asilo consideradas manifiestamente infundadas conforme a la Sección III.
3. Tramitar nuevas solicitudes no fundadas conforme la Sección IV.
4. Tramitar nuevas solicitudes de asilo dentro del marco de las disposiciones establecidas en la Sección IV.
5. Decidir la entrada de solicitantes de asilo en el territorio del Estado miembro de conformidad con la sección VI.

Sin olvidar que esta Directiva aún no es vinculante y que tampoco es posible analizar disposiciones nacionales de aplicación de la Directiva de Protección Temporal únicamente nos aventuramos a llamar la atención sobre tres cuestiones básicas en relación con la posibilidad de utilización de procedimientos acelerados en base al primer y segundo caso (Sección I y sección II):

No consideramos que una solicitud de asilo en las condiciones expuestas pudiera llegar a considerarse inadmisibile en función de los artículos 25, 26 y 27 que regulan la materia en la Sección II. El concepto de *primer país de asilo* y la designación de países como *terceros países seguros* no son de aplicación en este supuesto en tanto en cuanto la propia Directiva de Protección Temporal designa, de forma expresa, el país responsable de examinar la solicitud de asilo en virtud del artículo 18. Éste no será otro que aquel donde el desplazado obtuvo acogida en primera instancia.

Diferente es que la solicitud pueda considerarse manifiestamente infundada en la medida en que sólo hubiere planteado cuestiones que de forma evidente no son pertinentes en cuanto a la Convención de Ginebra⁸⁰. Sin embargo, mayores dudas nos suscita la aplicación de la cláusula de país seguro de origen, especialmente, en aquellos supuestos en los que el “regreso seguro y duradero” de los antiguos beneficiarios de la Protección Temporal ha sido oficialmente dictado por el Consejo o en virtud de la expiración del régimen de Protección Temporal, es el Estado miembro el que lo decide de forma individualizada. El artículo 30, que nos remite al anexo II de la Propuesta de Directiva, señala los principios de la designación de países de origen seguros.

80. En concreto el artículo 29 de la *Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado* especifica: “Casos de solicitudes manifiestamente infundadas. Los Estados miembros podrán rechazar una solicitud de asilo como manifiestamente infundada si la autoridad decisoria estableciere que: a.-el solicitante al someter su solicitud y justificar los hechos, sólo hubiere planteado cuestiones que de forma evidente no son pertinentes en cuanto a la Convención de Ginebra; b.- el solicitante fuere ciudadano de un país de origen seguro a los efectos de los artículos 30 y 31 de la presente Directiva. c.-el solicitante quedare *prima facie* excluido de la condición de refugiado en virtud de la Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y apátridas para ser refugiado o beneficiario de otros tipos de protección temporal”.

Si atendemos a los requisitos, consideramos que existe una cualidad que no debiera tomarse en consideración en el supuesto que analizamos. El Anexo II dice así:

“Un país se considera país de origen seguro si observa sistemáticamente las normas básicas del Derecho internacional de los derechos humanos que no pueden suspenderse en tiempo de guerra ni de otras crisis públicas que amenacen la vida de la nación y si;

-tiene estructuras democráticas y en él se respetan sistemáticamente los siguientes derechos: derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho a la libertad de expresión, derecho de reunión pacífica, derecho a asociarse libremente con otras personas, incluido el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos y derecho a participar en la dirección de asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

-permite que organizaciones internacionales y ONG supervisen si se observan los derechos humanos;

-constituye un Estado de Derecho y sistemáticamente se observan en él los siguientes derechos: el derecho a la libertad y a la seguridad personales, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de los seres humanos y a la igualdad ante la ley;

-prevé recursos efectivos en general contra las violaciones de estos derechos civiles y políticos y, en caso necesario, recursos extraordinarios.

-Es un país estable”⁸¹.

Si bien no nos cabe lugar a dudas sobre la compatibilidad de los requisitos sustantivos para la designación de los “países de origen seguros” y aquellos analizados para la “el regreso seguro y duradero” de los desplazados que pone fin al procedimiento de Protección Temporal, en la medida en que ningún acogido podría ser devuelto a su país de origen si en éste no se observan, las citadas estructuras democráticas, Estado de Derecho y protección de derechos fundamentales, al menos de forma incipiente, y es ahí donde encontramos la imposibilidad de aplicación en la cualidad de la *sistematicidad* que exige el anexo II. Las circunstancias que producen desplazamientos de población a gran escala reproducidas en el artículo 2 c) de la Directiva de Protección Temporal, así como la duración del dispositivo de acogida no permiten observar lo que en DIR se ha venido llamando el criterio de “la consolidación en el tiempo” de aquellas características que nos permiten afirmar que un país resulta un lugar en el que se puede vivir con garantía de seguridad y, por tanto, sus ciudadanos no necesitan, en principio, protección internacional. La madurez exigible en los cambios que ha de observar el país de origen para que la solicitud de asilo de un antiguo beneficiario de protección temporal sea calificada como manifiestamente infundada, no nos parece exigible en nuestro caso.

81. La cursiva es de la autora.

Distinto sería que se hubiera conseguido pacificar una parte del territorio y la intención fuera devolverlos a esa zona considerada segura. El artículo 8 de la *Directiva de Refugiados y Protección Subsidiaria*, en el capítulo II de la Directiva dedicado a la evaluación de las solicitudes de protección Internacional.

Con mayores garantías en su artículo estipula:

“Protección interna: 1. Al evaluar la solicitud de protección internacional, los Estados miembros podrán establecer que un solicitante no necesite protección internacional si en una parte de su país de origen no hay fundados temores a ser perseguido o un riesgo real de sufrir daños graves, y si es razonable esperar que el solicitante se quede en esa parte del país.

2. Al examinar si otra parte del país se ajusta a lo establecido en el apartado 1, los Estados miembros tendrán en cuenta las circunstancias generales reinantes en esa parte del país y las circunstancias personales del solicitante en el momento de resolver la solicitud.

3. El apartado 1 podrá aplicarse aunque existan obstáculos técnicos al retorno al país de origen».

Aunque la posibilidad de reubicación interna sea una opción válidamente asumible en Derecho, ha de estar rodeada de una serie de garantías ineludibles⁸²

82. Nos adherimos, en este caso, a las conclusiones del Alto Comisionado en el análisis de la “reubicación interna” que mantuvo con motivo de las Consultas Globales. Las conclusiones de la Oficina se basaron en una Mesa Redonda de Expertos celebrada en San Remo, los días 6 a 8 de septiembre de 2001, organizada por la Agencia y el Instituto Internacional de Derecho Humanitario cuya ponencia corrió a cargo de los profesores James C. Hathaway y Michelle Foster, así como, con las contribuciones del Juez Baragwanath (de la Corte Suprema de Nueva Zelanda), Sr. Hugh Massey (del Reino Unido), Sr. Marc Vincent (del Consejo Noruego para Refugiados), Sr. Reinhard Marx (de Alemania), y la Fundación Médica para la Atención de las Víctimas para la Tortura. Los participantes incluyeron treinta y tres expertos provenientes de veintitrés países, representantes de gobiernos, ONGs, el sector académico, la judicatura y profesionales del Derecho. El Sr. Hugo Storey, de la Asociación Internacional de Jueces en Derecho de Refugiados moderó el debate.

Conclusiones:

1. La APREFI puede ser en algunas ocasiones una consideración pertinente al analizar si es válida la petición de la condición de refugiado por parte de un solicitante de asilo, de conformidad con el objeto y propósito de la Convención sobre Refugiados. Ello dependerá de las circunstancias particulares de cada caso individual.

2. Cuando el riesgo de ser perseguido proviene del Estado (incluyendo al gobierno nacional y sus agentes), normalmente no es una consideración pertinente, puesto que se puede asumir que el Estado tiene derecho a actuar en todo el territorio del país de origen. Cuando el riesgo de ser perseguido emana de gobiernos locales o regiones dentro de ese Estado sólo será relevante en algunos casos, puesto que por lo general se entiende que los gobiernos locales o regiones derivan su autoridad del gobierno nacional. En aquellos casos en que el riesgo de ser perseguido proviene de un agente no estatal, la APREFI puede ser una consideración más pertinente que, sin embargo, deberá determinarse con base en las circunstancias particulares de cada caso individual.

Esta suspensión en la dilucidación de las solicitudes de asilo puede suponer uno de los grandes obstáculos al derecho a solicitar asilo y su posterior determinación. Muchos países esperarán hasta la cesación del estatuto para que existan menos motivos para la persecución. Ello podía haberse evitado obligando a un estudio de los expedientes tras la primera prórroga de la duración de la Protección Temporal: el Estado no se siente acosado por la avalancha de solicitudes, y no se pone en cuestión un derecho tan importante.

El Estado tiene un papel preponderante en lo que respecta a las medidas subsiguientes a la Protección Temporal. Si decide suspender la determinación del estatuto de refugiado hasta el límite máximo, este es, la cesación a través del Consejo o la expiración del régimen, esa decisión resulta tremendamente determinante. Si la cesación se produce vía artículo 6.1.b la solicitud de asilo se cursará pero estará altamente predeterminada aunque la propia Directiva establezca el supuesto analizado anteriormente en el artículo 22,2 de las “razones imperiosas que hacen del regreso una opción imposible o poco realista”. Si la cesación se realiza por expiración, el Estado aún tiene mayor margen de maniobra. En consecuencia, nos preguntamos ¿qué ventajas puede tener examinar las solicitudes con anterioridad a la cesación *motu proprio*?

-
3. El individuo deberá ser capaz práctica, segura y legalmente de acceder a la APREFI propuesta. Esto demanda tomar en cuenta las barreras físicas y de otra índole al acceso, tales como los riesgos, que puedan suscitarse en el transcurso del viaje o el ingreso, así como cualesquiera barreras legales a viajar, ingresar o permanecer en la zona propuesta como APREFI.
 4. Si el solicitante de asilo se verá expuesto a un temor fundado de ser perseguido incluyendo ser perseguido en la zona propuesta como APREFI, o a ser forzado a regresar y ser perseguido en otra parte del país, no existe una verdadera APREFI.
 5. La simple ausencia de un temor fundado a ser perseguido no basta en sí misma para establecer que existe la APREFI. Los factores que pueden ser relevantes para valorar su viabilidad incluyen el nivel de respeto por los derechos humanos en la APREFI propuesta, las circunstancias personales del solicitante de asilo, y/o las condiciones del país en general (incluyendo los riesgos para la vida, la integridad física o la libertad).
 6. En vista de su complejidad, no resulta apropiado considerar la APREFI en procedimientos acelerados, o al decidir sobre la admisibilidad de un individuo a un procedimiento pleno para la determinación de su condición de refugiado.
 7. En términos más generales, deben respetarse las reglas básicas de la equidad procedimental, incluyendo el informar al solicitante de asilo de manera clara y adecuada que se está considerando la APREFI.
 8. Es deseable mostrar cautela para garantizar que el retorno de un individuo a la zona propuesta no origine o agrave arbitrariamente las situaciones de desplazamiento interno.

Anexo VII de las *Consultas Globales*.

CAPÍTULO VII
LA SOLIDARIDAD COMUNITARIA:
EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE
LOS ESTADOS MIEMBROS RESPECTO A LA PROTECCIÓN TEMPORAL

I. LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL. CONCEPCIÓN ORIGINARIA Y ELEMENTOS DE PERMANENCIA.

1. LAS “CARGAS” ASOCIADAS A LA CONCESIÓN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL. LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL COMO EXPRESIÓN Y SALVAGUARDIA DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES RESPECTO A LOS DESPLAZAMIENTOS FORZOSOS.

El Convenio de Ginebra de 1951 expresa o sintetiza la convicción en lo que hace no sólo a las medidas que deberán adoptar los Estados para hacer frente al problema de los refugiados, sino también respecto del *esfuerzo* que un régimen como el propuesto podía suponer para alguno de ellos.

No pasó inadvertido a los redactores del Tratado, en efecto, las dificultades de toda índole que la acogida y el estatuto establecido podían acarrear a países que, debido a sus características –ya se tratara de naciones en desarrollo, en transición o simplemente con recursos limitados–, no pudieran dar efectivo cumplimiento a las obligaciones estipuladas en la norma.

En esas circunstancias, y en el entendimiento de que los desplazamientos forzados constituían un asunto de índole internacional y no de la exclusiva responsabilidad individual, se adopta el concepto de *solidaridad internacional*.

En el Preámbulo del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados, las Altas Partes Contratantes consideran:

“(…) que la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacional han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional”¹.

1. *Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados*. Considerando nº 4.

Con anterioridad al Convenio de Ginebra, no encontramos ninguna manifestación formal sobre la necesidad de solidaridad internacional, con la salvedad del llamamiento efectuado por el Presi-

El llamamiento a la solidaridad confirmaba así la naturaleza internacional de la problemática asociada a los desplazamientos, que no atañe tan sólo al Estado afectado, sino que reclama una cooperación global para la efectiva resolución del mismo. La solidaridad supone, de este modo, una fórmula de expresión de las obligaciones internacionales que los Estados adquieren respecto a aquellos que no gozan de la protección de su país y se convierten, por tanto, en un asunto de la incumbencia de la comunidad internacional en su conjunto.

Asimismo, en el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, se recomienda a los Gobiernos:

“(…) que continúen recibiendo a los refugiados en su territorio y actúen de común acuerdo, con verdadero espíritu de solidaridad internacional, a fin de que los refugiados puedan hallar asilo y posibilidades de reasentamiento”².

A través de estas palabras, es posible comprobar que el principio de solidaridad no nace exclusivamente como expresión del carácter internacional de las obligaciones respecto a los desplazados forzosos sino también, como salvaguarda de estas mismas obligaciones. El compromiso mutuo de cooperación actuaría a modo de garantía de los deberes que supone el asilo, pues en la medida en que se prestaran apoyos a aquellos países implicados en la acogida de los refugiados, mayores serían las posibilidades de que éstos cumplieran fielmente con las exigencias dispuestas en el Convenio. El asilo y la cooperación internacional con objeto de exonerar a los países más abrumados por los éxodos resultarían elementos indispensables del sistema de protección. En suma, y tal y como afirma el Profesor Carrillo Salcedo, la solidaridad internacional en 1951, resultaba, por consiguiente, uno de los fundamentos del régimen internacional de protección entonces instituido³.

Paradójicamente, el Convenio no refleja esta necesidad manifiesta en su texto normativo; el llamamiento del Preámbulo o del Acta Final de la Conferencia resulta inconcluso al no disponer ninguna medida para hacerlo efectivo. El articulado no determina qué ha de entenderse por solidaridad internacional o cuáles habrían de ser las fórmulas para que la responsabilidad

dente estadounidense Franklin Roosevelt, durante la Conferencia de Evian de 1938, que finalmente no obtiene resultados concretos.

HANS, A.; SUTIRKE A. «Responsability Sharing», en (Hathaway, J. editor) *Reconceiving International Refugee Law*, *op. cit.*, p. 85.

2. *Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas*, sección IV. D.

3. CARRILLO SALCEDO, J.A. «Refugiados y Solidaridad Internacional», en (Fernández Sánchez, P. A. coordinador), *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, *op. cit.*, p. 180.

respecto a los refugiados fuera asumida de forma equitativa por parte de los Estados signatarios.

El deseo de solidaridad no obtiene mayor reflejo en el texto dispositivo que el indirecto que puede deducirse del artículo 35, mediante el que los Estados se comprometen a cooperar con ACNUR en el ejercicio de sus funciones. De esta forma, a través de una colaboración asistencial (reparto de responsabilidades de carácter financiero) y a través de los programas de reasentamiento (reparto de responsabilidades de carácter físico) se pretende hacer efectivo, modestamente, el ejercicio de solidaridad internacional antes aludido.

Sin embargo, la concepción del asilo —muy al contrario— hacía prever una desigual distribución de los desplazados en función de particularidades geográficas o de proximidad a los países originarios del exilio. El Estado de acogida resultaba el único responsable de aquellos que entraran en el ámbito de su jurisdicción, en un sistema de aplicación descentralizada como el instituido en Ginebra. En consecuencia, se produce un dispar reparto de la responsabilidad —más bien caótico, en palabras del Profesor Hathaway⁴—, cuya falta de equidad sería tolerable siempre que el número de solicitantes de protección fuera moderado —y, por tanto, asumible por el país—, pero con visos de quiebra cuando éste superara las posibilidades del mismo. Es por ello que los flujos masivos han puesto en cuestión el dispositivo ginebrino y, en especial, sus ausencias respecto a la solidaridad internacional.

A lo largo de los años, se han podido apreciar estas grandes disparidades entre los países del mundo. Los éxodos ocurridos desde la década de los sesenta se han producido, principalmente, en Estados menos desarrollados —a pesar de lo que pudiera parecer *a priori*, Europa ha acogido un modesto número de desplazados en comparación con países africanos o asiáticos⁵—. Pero también se han producido estas desigualdades, recientemente, en países de una misma región —véase como ejemplo la desproporcional acogida otorgada entre los Estados miembros de la Unión Europea durante la crisis yugoslava⁶.

4. HATHAWAY, J.C. «Making International Refugee Law Relevant Again», en *Harv.Hum.Rts.J.*, vol. 10, 1997, p. 141.

5. Durante décadas África ha acogido más del doble del número de refugiados de toda Europa, Norte América y Oceanía. No obstante, se ha observado un importante incremento, en función de los últimos acontecimientos internacionales, de la población desplazada en nuestro continente. La estimación del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados a 1 de enero de 2004 se cifra en los siguientes millones de personas:

África: 4.285.100

América Latina y Caribe: 1.316.400

Asía: 6.187.800

Europa: 4.268.000

Norte América: 962.000

Oceanía: 74.100

www.unhcr.ch

6. Datos recogidos en el segundo apartado de este Capítulo.

Las características de los conflictos internacionales que se hallan en el origen de los exilios han hecho cada vez más necesaria la cooperación y asistencia que supone la solidaridad internacional. Ante la realidad del aumento y entidad de los desplazamientos masivos que afectan a cualquier país del mundo, la *carga* que supone la acogida y protección de los mismos se hace evidente para todos, por lo que la solidaridad adquiere mayor protagonismo, lo que conlleva, a su vez, *la exigencia de nuevos enfoques y mayor concreción de las obligaciones jurídicas al respecto*.

Las consecuencias que este tipo de fenómenos causaban en un sistema como el de asilo, pensado en singular más que en plural, provocaron la necesidad de renovar el concepto de solidaridad internacional⁶.

Así, se empieza a hablar del principio de responsabilidad compartida (*burden sharing, responsibility sharing*), como expresión de la solidaridad internacional inicialmente formulada y que conserva tanto su concepción originaria (lo determinante de la carga asociada al desplazamiento; la expresión de las obligaciones estatales y salvaguarda de las mismas), como su materialización en la distribución de responsabilidades físicas y financieras.

7. A pesar de que la mayor parte de la doctrina ha utilizado el término *burden sharing* para referirse a este principio de cooperación, consideramos más apropiado la inclusión de la noción de "responsabilidad" o la utilización del concepto de *responsability sharing*, dada la connotación negativa que pudiera apreciarse en el empleo de la palabra "carga" cuando nos referimos a desplazados.

Con esta observación comienza el seminario dedicado al análisis de *Mechanism of International Cooperation to Share Responsibilities and Burdens in Mass Influx Situations*, tercer panel de las recientes Consultas Globales de ACNUR y que, como no podía ser de otro modo, dedica uno de sus seminarios a este importante y actual reto internacional, en el marco de la revitalización de la protección de los refugiados que es su objetivo con motivo del cincuenta aniversario del Convenio ginebrino: *op. cit.*, p.381, para. 1.

El profesor Noll matiza esta crítica a la noción de *burden sharing*, pues entiende que el principio entra a colación, precisamente, cuando existe una carga y con objeto de regularla.

NOLL, G. *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, Netherland, 2000, p. 264, pie de página: 798. Resulta coherente su utilización por parte del profesor, en la medida en que entiende el principio como una fórmula a través de la cual los Estados puedan calcular los costes máximos de futuras situaciones de crisis, a modo de contrato de seguro (p. 266).

8. La revitalización del principio de responsabilidad compartida ha venido de la mano de las consecuencias de los flujos masivos. Es por ello que la mayor parte de la doctrina ha venido analizando en ese contexto.

En contra de esta postura y apostando por una aplicación en ámbitos más amplios:

NOLL, G. *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, *op. cit.*, p. 265. El autor considera que la vinculación entre el principio de *burden sharing* y los flujos masivos, por parte de académicos, y actores gubernamentales e institucionales, no ha hecho más que proporcionarle una perspectiva muy reducida.

Los Profesores Hathaway y Neve también consideran la necesidad de crear nuevas fórmulas de distribución de competencias estatales respecto a los refugiados en "general" no sólo en casos de "flujos masivos". HATHAWAY, J. C.; ALEXANDER NEVE, R. «Making International Refugee Law Relevant Again», *op. cit.*, pp. 115-211 *passim*.

De esta forma se expresaba el Alto Comisionado en las primeras conclusiones sobre desplazamientos a gran escala:

“En los casos de corrientes de gran magnitud, deberá otorgarse al menos refugio provisional a las personas en busca de asilo. Los Estados que, por su situación geográfica o por otras razones, hacen frente a una corriente de gran magnitud deberían, según fuera necesario, y a petición suya, recibir asistencia inmediata de otros Estados, de acuerdo con el principio de repartición (*sic*) equitativa de la carga. Estos Estados deberían, tan pronto como fuera posible, celebrar consultas con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados para asegurar la completa protección de los interesados, la prestación de asistencia y la búsqueda de soluciones permanentes.

Los demás Estados deberían tomar las medidas apropiadas, en forma individual, conjunta o por conducto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados o de otros órganos internacionales, para asegurar la distribución equitativa de la carga de primer país de asilo”⁹.

Dos años más tarde, la Oficina confirmaba que:

“Cualquier afluencia masiva puede imponer cargas indebidamente pesadas a ciertos países; no puede solucionarse satisfactoriamente un problema de carácter y proporciones internacionales prescindiendo de la cooperación internacional. En consonancia con los principios de la solidaridad internacional y de la distribución de la carga, los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para asistir, previa petición, a los Estados que han admitido a personas en busca de asilo en situaciones de afluencia en gran escala”¹⁰.

Como se puede comprobar, la “carga” se hace más considerable en caso de grandes flujos y, por tanto, la necesidad de la cooperación internacional aparece como una exigencia ineludible. Asimismo, el carácter de salvaguarda de las obligaciones internacionales de acogida aumenta a riesgo de convertirse en una condición de la propia existencia de los nuevos dispositivos de acogida temporal.

Se produce, así, una *interacción* entre el problema de los *flujos en masa* y sus dispositivos de *temporary refuge* –y, más tarde el de Protección Temporal–, de un lado, y el principio de solidaridad y responsabilidad compartida, de otro. Pudiera parecer que estas nuevas respuestas jurídicas no obtendrían

9. ACNUR. EXCOM. *Refugiados sin país de asilo*, Conclusión nº 15 (XXX), 1979 (30º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), apartado titulado: “Situaciones que entrañan grandes corrientes de personas en busca de asilo”, para. f) y g). Nótese que resulta la primera Conclusión del Comité Ejecutivo en que se aborda el problema de los desplazamientos masivos aún de forma parcial pero unido a las características básicas que venimos analizando.

10. ACNUR. EXCOM. *Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión nº 22 (XXXII), 1981 (32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. IV titulado: “Solidaridad Internacional, distribución de la carga y deberes de los Estados”.

cobertura estatal a menos que se garantizara la cooperación internacional de los países no afectados por dichos desplazamientos. Resultaría que sólo con asistencia internacional los Estados se hallarían en disposición de aceptar la protección de personas en grandes proporciones. La solidaridad internacional, así, pasaría de ser considerada salvaguarda de las obligaciones internacionales de acogida a *conditio sine qua non*, con los peligros que ello conlleva en caso de no obtener la suficiente cobertura. Resulta, por tanto, fundamental dilucidar los problemas de la naturaleza jurídica de las obligaciones internacionales respecto a la acogida y la solidaridad, (apartado 3 *infra*).

Adelantándonos a la valoración final y sin menospreciar la evolución experimentada, se ha de insistir en la inmutabilidad de la concepción inicial del concepto de solidaridad internacional, inclusive respecto a la Directiva de Protección Temporal, como se verá más adelante. Por tanto, la evolución que han experimentado los dispositivos que enfrentan los desplazamientos masivos se manifiesta en la necesidad de su *concreción*. Es decir, en la determinación precisa de su *manifestación*, a saber el reparto de responsabilidades físicas (distribución de desplazados) y financieras (distribución de la ayuda económica), así como la identificación del *ámbito de aplicación* que éste ha de tener (la dialéctica entre enfoques globales de la solidaridad o regionales; actuaciones formales o *ad hoc*). Veamos más detenidamente estas cuestiones.

2. MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Las cuestiones clave en torno al principio de solidaridad y reparto de la carga han permanecido invariables a lo largo del tiempo. En cada momento histórico ha podido ponerse el acento en un enfoque más que en otro pero, en cualquier caso, el objetivo ha resultado indeleble: lograr el consenso estatal en torno a tres interrogantes básicos:

–*qué* se desea compartir (las distintas manifestaciones del principio de solidaridad y reparto de la carga: disponibilidades de acogida de desplazados, ayuda financiera, aportación de medios técnicos, etc.);

–con *quién* quiero compartirlo (sistemas de distribución de responsabilidad a nivel global o regional);

y *de qué forma* establezco la obligación (a través de mecanismos institucionalizados y predecibles o en función de las circunstancias, es decir, *ad hoc*).

En definitiva, se ha tratado de llenar de contenido y precisión el principio de solidaridad y reparto de la responsabilidad en un afán por la predeterminación que se ha convertido en el talón de Aquiles de toda la estructura. Subyace una lucha por la efectividad de la solidaridad en aras de una mayor equidad en la distribución de responsabilidades estatales, al mismo tiempo que todo intento del Estado por conservar sus parcelas de soberanía en la materia impide, irremediablemente, dicho objetivo. El logro de un equilibrio entre ambos contrapuntos constituye el reto y la vara de medir a un mismo tiempo.

Avanzamos ya que las cuestiones han permanecido inmutables en su planteamiento y con apenas diferencias en el enfoque como podrá comprobarse en las siguientes páginas.

En la concepción inicial del principio de solidaridad internacional y a través de la práctica estatal inmediatamente posterior a la adopción del Convenio de Ginebra, es posible comprobar la incidencia en la *asistencia financiera* de aquellos más afectados por los desplazamientos, así como, la *distribución de los refugiados* entre diferentes países a través de los programas de reasentamiento –que ya mencionaba el Acta Final de Plenipotenciarios.

La asistencia de carácter económico se ha venido realizando a través del Alto Comisionado, cuyos programas son financiados con contribuciones *voluntarias* estatales y a través de fondos privados¹¹. Nos encontramos, pues, con un sistema de reparto de la responsabilidad de ámbito internacional, pero con las dificultades del voluntarismo que puede crear fluctuaciones en las reservas y que, se ha demostrado insuficiente –también imprescindible, por otro lado¹²–, tanto para los programas permanentes como para las necesidades súbitas de una afluencia a gran escala, en cuyo caso siempre se requieren aportaciones adicionales. En este sentido, la creación de un Fondo Europeo para Refugiados –aplicable como se verá a la Directiva que se analiza–, comporta una mayor estabilidad y previsibilidad.

Evidentemente, la distribución de personas desplazadas entre diversos Estados supone mayores dificultades, no sólo por las hipotéticas ausencias de voluntad estatal o las discrepancias en los criterios de reparto, sino también por las consecuencias que tales traslados pudieran ocasionar en los desplazados. Ello ha provocado que si bien la asistencia financiera –de mayor o menor eficacia– es una constante, el reparto de desplazados en su forma más clásica de reasentamiento ha resultado una excepción en la práctica, fruto de acuerdos *ad hoc*, en relación a conflictos concretos.

11. Principales donantes en 2004 (USD):

1. Estados Unidos: 302.252.199
2. Japón: 81.751.782
3. Comisión Europea: 80.520.350
4. Países Bajos: 78.979.855
5. Suecia: 60.835.788
6. Noruega: 53.839.565
7. Reino Unido: 48.389.746
8. Dinamarca: 45.443.878
9. Alemania: 31.193.696
10. Canadá: 23.725.430

Ocupando el lugar número 14, España contribuye con: 12.902.056

www.unhcr.ch

12. La ausencia de mecanismos institucionalizados de compensación financiera lleva a los autores más críticos a calificar la asistencia económica de ACNUR de mera “caridad”. *Cf*: HATHAWAY, J. C. «Making International Refugee Law Relevant Again», *op. cit.*, p. 141.

Históricamente, nos encontramos con importantes casos de reasentamiento a gran escala –y, además relacionados con dispositivos temporales de acogida¹³–; sin embargo, no se ha de olvidar que se tratan de circunstancias excepcionales de emergencia y que no han devenido en la institucionalización concreta de los reasentamientos a nivel internacional. Hoy día, los Estados siguen decidiendo en función de los casos particulares, con la salvedad de aquellos escasos países que tiene acuerdos concretos de reasentamiento para casos especialmente vulnerables¹⁴.

La distribución de personas entre diversos Estados tiene otros enfoques en el Derecho contemporáneo. Si bien el reasentamiento significaba un reparto realizado con posterioridad al conflicto y con voluntad de que la acogida constituyera una solución duradera, *a posteriori* han surgido iniciativas con objeto de proceder a institucionalizar dispositivos de reparto con carácter previo al

13. En el marco europeo, es de destacar el reasentamiento de 1,3 millones de refugiados y personas desplazadas, organizado por IRO tras la Segunda Guerra Mundial (Austria y Yugoslavia alertaron a la comunidad internacional y en un relativo corto periodo de tiempo entre 1947 y 1950 las masas fueron asentadas en numerosos países), así como los posteriores con motivo de los exilios provenientes de la Europa del Este (húngaros, checoslovacos, eslovacos en 1956 y 1968). La rápida y satisfactoria respuesta que obtuvieron las peticiones de reasentamiento de los países más abrumados de la época, contrasta con la actitud europea de los años noventa, más reticente y restrictiva respecto a la crisis yugoslava.

El continente africano ha sufrido los más devastadores desplazamientos masivos desde la década de los sesenta, sin embargo, han permanecido en la región. El principio de *burden sharing* expresado en las Conferencias internacionales (ICARA I y II: Conferencia Internacional sobre Asistencia a los refugiados en África, celebradas en 1981 y 1984), se manifestó, exclusivamente, en la asistencia financiera. Parecida es la experiencia en América Latina, a través del programa establecido por la Conferencia internacional CIREFCA en 1989 (el Plan de Acción de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos)

Finalmente, resulta obligada referencia el reasentamiento inter continental de los flujos masivos indochinos, en los años setenta y ochenta a través del programa CPA (el Plan General de Acción aprobado por la Conferencia Internacional sobre Refugiados Indochinos patrocinada por el ACNUR en 1989).

A pesar de los logros de estas Conferencias internacionales que instituyen mecanismos *ad hoc* de reparto de la responsabilidad respecto a los refugiados no se materializa en una posterior institucionalización de los mismos.

Las Profesoras Hans y Suhrke analizan los diferentes exilios y las claves del éxito o fracaso del principio de responsabilidad compartida, desde la ciencia política. *Cfr.* HANS, A. SUHRKE A. «Responsability Sharing», *op. cit.*, pp. 83-109. SUHRKE, A. «Burden-sharing during Refugee Emergences: the Logic of Collective versus national action», en *Journal of Refugee Studies*, vol. 11, nº 4, 1998, pp. 396-415,

14. El Alto Comisionado cuenta con acuerdos de reasentamiento formales con ocho países: Australia, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Noruega, Nueva Zelanda, y Suecia.

Existen, por otro lado, Estados que acceden a una determinada cuota de personas en función de las circunstancias y ante el llamamiento de ACNUR. Argentina, Benin, Brasil, Burkina Faso, Chile, España, Irlanda o Islandia, los cuales, han ofrecido acogida en los últimos tiempos.

Entre éstos últimos, por lo que respecta a los países europeos, comentar que tanto Irlanda como Islandia tienen cuotas anuales fijas a diferencia de España que no ha adoptado una decisión de reasentamiento bajo una asignación concreta. *Vid.* www.unhcr.ch

conflicto y sin que esa acogida deba, necesariamente, entenderse como solución duradera, sino provisional –la Directiva de Protección Temporal nos plantea estos nuevos retos.

En cualquier caso, la problemática asociada a la distribución de personas entre diversos Estados, ya sea en su forma clásica de reasentamiento, o en su fórmula más contemporánea, permanece inmutable: el establecimiento de concretos parámetros de reparto de personas; su determinación con carácter previo al conflicto a través de instrumentos jurídicos o una vez producido éste por medio de acuerdos *ad hoc*, son cuestiones que aún no han obtenido una respuesta global¹⁵. En la gestación de la Directiva de Protección Temporal se

15. La manifestación del principio de solidaridad en una distribución de desplazados entre diversos países, a parte de las dificultades en torno al logro del suficiente consenso estatal para llevarlo a cabo, plantea el agravante de la búsqueda de concretos criterios de reparto. Tanto las iniciativas doctrinales como la práctica analizada nos demuestra que los parámetros pueden ser muchos y muy diversos.

Así como tras la Segunda Guerra Mundial tenían más importancia las cualidades profesionales de los exiliados que las propias peculiaridades de los países de acogida –que también eran de inmigración–, en el caso de los *boat peoples* indochinos, se establecieron cuotas, a través de la OCDE, en función del PIB (producto interior bruto) de los respectivos países, prestando mayor énfasis a las peculiaridades económicas que al tamaño de la población (los criterios se expresaban en la siguiente fórmula: 'i.p': la 'i' significaba el PIB per capita y la 'p' significaba la población del país en cuestión).

Normalmente, se toman en consideración: la población, el PIB, los criterios económicos y sociales, pero también se ha llamado la atención sobre otros aspectos más difíciles de cuantificar: como la llamada "compatibilidad cultural", término considerado por los Profesores Hathaway y Castillo. Éste último impediría la evacuación hacia Europa de poblaciones en peligro procedentes de áreas geográficas lejanas, posibilidad esta última que consideramos de enorme importancia y uno de los logros de la Directiva de Protección Temporal.

En cualquier caso, si es difícil lograr un acuerdo sobre las cuotas de reparto para un caso concreto, más aún institucionalizarlo *a priori* antes del desencadenamiento de una crisis de desplazados. En este estadio de la evolución del Derecho internacional, ese consenso ha sido imposible. La gestación de la Directiva de Protección Temporal y su adopción definitiva nos demuestra que incluso a un nivel más reducido de países, que comparten características similares, el acuerdo se convierte en una lucha de titanes sin resultado final.

A favor de la concreción de los criterios de reparto, con anterioridad al desencadenamiento del exilio: *vid.* CASTILLO, M.A. y HATHAWAY, J.C. «Temporary Protection», *op. cit.*, p.16.

En contra de una institucionalización *a priori* de los criterios: *Vid.* GRAHL-MADSEN, A. «Refugees and Refugee Law in a World in Transition», en *Transnational Legal Problems of Refugees*, 1982 Michigan Yearbook of International Legal Studies, Clark Boardman Company, Ltd. New York, 1982, p. 74. El profesor Grahl-Madsen considera que los criterios sólo pueden servir de guía, las cuotas o contingentes sólo pueden decidirse de una forma *ad hoc* para evitar el abuso (ningún Estado estaría en disposición de formar un cheque en blanco). Además, considera que hay criterios que pueden resultar decisivos y no se pueden considerar *a priori*: como, por ejemplo, el hecho de que existan países de inmigración como los casos de Australia, Canadá, Nueva Zelanda o los Estados Unidos que aceptaron por este motivo, más refugiados del sudeste asiático de lo que preveía la fórmula. En cualquier caso, muestra su preocupación por los reasentamientos intercontinentales, el cambio de medio ambiente, social, económico, climático puede resultar especialmente gravoso. La integración en la región de origen ha de tener prioridad.

Las profesoras Hans y Suhrke afirman que su análisis histórico demuestra que los refugiados

vuelve a discutir vivamente sobre estos problemas, con grandes dificultades en torno al consenso. Si esto es así, con quince Estados relativamente homogéneos, el acuerdo a escala global parece ilusorio.

Aun así, se ha insistido, desde la doctrina y las instituciones en el ámbito de los refugiados, en un mayor ámbito de actuación de la solidaridad internacional. La asistencia al Estado afectado con objeto de que pudiera afrontar las cargas de acogida de los desplazados no resultaba suficiente; esas personas necesitaban medidas a largo plazo si el retorno a su país resultaba imposible en breve. Por ello, se insiste en que la cooperación internacional no podía quedarse en la asistencia técnica y financiera sino que debía dedicarse a la búsqueda de soluciones duraderas¹⁶.

prefieren permanecer cerca de sus hogares de cara a un posible retorno. HANS. A. SUHRKE A. «Responsability Sharing», *op. cit.*, p. 102.

16. *Vid. inter alia*: en los años ochenta con motivo del estudio del *temporary refuge*: ACNUR. EXCOM. Sub-Committee of the Whole on International Protection, Thirty-second session, (COLES, G.J.L.) *Temporary Refugee and International Solidarity* (para J.), EC/SCP/16/Add. 1. 17 de julio de 1981. La crítica al contenido de la solidaridad internacional en la *Declaración del Asilo Territorial* se reproduce en los siguientes términos: "(...) it would be a valid criticism of the 1967 United Nations General Assembly Declaration on Territorial Asylum that its provision on international solidarity is in relation only to the situation where a State finds *difficultly* in granting or continuing to grant asylum. No express provision is made in the Declaration for the international solidarity in a wider context which included common action in favour of voluntary repatriation".

En opinión de Coles, la solidaridad no sólo debería entrar a colación cuando un Estado, a causa de los flujos masivos, encontrara dificultades para otorgar asilo –crítica por ello el texto de la Declaración sobre el Asilo Territorial–, sino que tendría que contar con un ámbito más amplio, con miras a la búsqueda de soluciones duraderas en general. COLES, G.J.L. «Temporary Refuge and the Large Scale Influx of Refugees», en *AYL*, vol. 8, 1983, p. 211-212.

Así, en época de *temporary refuge* el contenido de la distribución de la carga se concreta más y adquiere nuevos enfoques. Nótese, en la siguiente cita, la importancia en la repatriación voluntaria propia de estos dispositivos temporales o la incidencia en la fase de prevención: "Las medidas relativas a la distribución de la carga deben tener por finalidad, según proceda, facilitar la repatriación voluntaria, promover la instalación local en el país de acogida y crear posibilidades de reasentamiento en terceros países. Las medidas que se adopten en el contexto de esos arreglos de distribución de la carga deberán adaptarse a la situación concreta. Deben comprender, según proceda ayuda de emergencia financiera y técnica, ayuda material y promesas de nueva ayuda financiera o de otro tipo para después de la fase de emergencia y hasta que se encuentren soluciones duraderas; y en los casos en que no pueda verse la repatriación voluntaria o el asentamiento local, deberán ofrecerse a las personas en busca de asilo posibilidades de reinstalación en un ambiente cultural adecuado a su bienestar. Animados por un espíritu de solidaridad internacional, los Gobiernos deberán eliminar, en la medida de lo posible las causas que han provocado las afluencias a gran escala de personas en busca de asilo, y establecer en los casos en que se hayan producido esas afluencias, las condiciones favorables para la repatriación voluntaria". ACNUR. EXCOM. *Protección de las Personas que Buscan Asilo en Situaciones de Afluencia a Gran Escala*, Conclusión nº 22 (XXXII), 1981 (32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. IV.3. 4 y 6.

Se sigue haciendo la misma observación en los años noventa en el marco de las grandes desigualdades que han provocado los flujos masivos en África: MARTIN, G. «International Solidarity and Co-operation in Assistance to African Refugees: Burden Sharing or Burden-Shifting?», en *IJRI*, *special issue*, 1995, pp. 250-273. (el autor se centra especialmente en el caso ruandés).

Así, en los años ochenta, con motivo de los grandes desplazamientos, —especialmente aquellos provenientes del sudeste asiático—, se crea una corriente de opinión doctrinal e institucional convencida de los parabienes del principio de responsabilidad compartida como única vía de estabilidad de un DIR cuyos principales parámetros se habían puesto en cuestión.

En tiempos de *temporary refuge*, esta fase ulterior estaba especialmente dedicada al logro de acuerdos de *ressetlement*, calificados en la época como genuina muestra del principio de responsabilidad compartida en tanto que van más allá de la contribución financiera para proceder a un reparto de la carga física¹⁷.

Esa asistencia, en efecto, no debía limitarse a una contribución financiera —muestra tradicional del principio de responsabilidad compartida en el marco de los compromisos estatales respecto a las operaciones del Alto Comisionado—, sino que debía ir más allá. Tanto la fase de acogida inmediata como la posterior de búsqueda de soluciones duraderas al problema del exilio debía encontrar respuesta a través de esta perspectiva global.

El avance en la evolución del *burden sharing* consiste, pues, en estos momentos en lograr su expansión cualitativa más que cuantitativa —en términos puramente económicos—. Un sistema *global* de cooperación *omnicomprensivo*, que pudiera aprehender diferentes ámbitos de actuación: la asistencia financiera en la acogida y en las medidas posteriores a la misma, así como el logro de un contexto estabilizado capaz de prevenir nuevos exilios.

Sin embargo, se observa una ausencia de institucionalización de sistemas globales como los propuestos. Ni siquiera se ha conseguido establecer algún mecanismo multilateral con objeto de llevar a cabo el más simple reparto equitativo de refugiados entre diferentes países con objeto de que dicha cuestión dejara de estar sujeta a los vaivenes *ad hoc*¹⁸.

17. FONTEYNE, J.-P.L. «Burden sharing: An Analysis of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees», *op. cit.*, p. 175.

El autor no deja, sin embargo, de reconocer los problemas asociados a la puesta en práctica de un mecanismo de solidaridad como el que preconiza. Problemas como la determinación previa de la asistencia o de las cuotas de reasentamiento con carácter anterior al desarrollo de un desplazamiento masivo quedaban sin resolver.

La insistencia del autor en el reasentamiento como muestra genuina del principio de responsabilidad compartida lo interpretamos como necesidad de la época asociada a los desplazamientos masivos más que una nueva incorporación en el marco de los contenidos del *burden sharing*, pues, la propia Convención de 1951 ya apuntaba a la necesidad de solidaridad en este sentido en el Acta Final de Plenipotenciarios, en su sección IV.D.

18. A favor de un sistema de reparto de responsabilidades con una base institucionalizada y predeterminada: NOLL, G. *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, *op. cit.*, p. 266-267. En concreto el autor considera que el objetivo del principio de *burden sharing* es crear un sistema predecible en el cual los Estados puedan calcular los costes máximos de las futuras crisis de refugiados. Por lo tanto apuesta por la institucionalización y la máxima concreción.

Hasta el momento, la institucionalización del sistema de reparto de responsabilidad a nivel global o internacional no ha sido posible. Las divergencias estatales en los conceptos más básicos –la definición de las personas necesitadas de protección, el estándar de derechos, etc.–, la ausencia de voluntad política y las dificultades propias de un acuerdo como éste han resultado ineludibles. Es por ello que han cobrado más fuerza los planteamientos que apuestan por la búsqueda del consenso en un marco regional (la doctrina ha utilizado este concepto en un sentido amplio), es decir, entre Estados más afines y cercanos¹⁹.

Las perspectivas contemporáneas más próximas a las fórmulas regionales no han de dificultar, y mucho menos impedir, las responsabilidades que, en cualquier caso, mantienen los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto. Los dispositivos regionales debieran ser complementarios de las iniciativas de solidaridad a escala global.

Como se comprobará *infra*, cabe observar, en nuestra opinión, que la Directiva consigue cierto equilibrio en este aspecto. Por lo que respecta a las responsabilidades de carácter financiero, las contribuciones de la UE a ACNUR siguen siendo las principales; por tanto, la creación de un Fondo Europeo para Refugiados no ha impedido la participación en los habituales programas internacionales.

Y por lo que atañe al reparto de responsabilidades de carácter físico, la Directiva prevé la evacuación de poblaciones en peligro y su traslado a las fronteras europeas; por ello, no sólo se pondría en marcha ante un eventual flujo masivo en nuestro entorno sino también respecto a crisis lejanas geográficamente. Su implicación en la solidaridad internacional quedaría salvada en teoría. Todo ello con independencia del mantenimiento de los acuerdos de reasentamiento de personas vulnerables que pudiera conservar algún Estado.

3. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL.

El principio de la solidaridad y responsabilidad compartida, en el ámbito del DIR, no ha resultado de una específica realidad normativa que hubiera servido de claro soporte a las obligaciones internacionales de los Estados al

A favor de una base institucionalizada pero que se concretizaría *ad hoc*: GRAHL-MADSEN, A. «Refugees and Refugee Law in a World in Transition», *op. cit.*, p. 74.

Conseguir un acuerdo predeterminado no tiene por qué ser una solución más ventajosa si el tenor del consenso es a la baja. A *sensu contrario*, los sistemas institucionalizados no tendrían por qué impedir la mejora de las ayudas previstas en atención a una situación concreta.

19. Propuestas de creación de un sistema de reparto de responsabilidades a escala global: *inter alia.*, EINARSEN, T. «Mass Flight: The Case for International Asylum», en *IJRL*, vol. 7, nº 4, 1995, pp. 551-578.

respecto. Más bien, al contrario, resulta de un principio que se ha forjado de *forma indirecta*, es decir, en atención a otras garantías articuladas (como la acogida, el principio de *non refoulement*, etc.), en una suerte de imbricación ineludible que hacía depender el cumplimiento de unas a la existencia de las otras. De igual modo, su construcción se ha realizado *a base de regulaciones ad hoc*, en una servidumbre fáctica especialmente relacionada con el fenómeno de los desplazamientos masivos.

La ausencia de concretos criterios determinantes del auténtico contenido de la solidaridad y el reparto de la carga nunca fue una opción baldía. A pesar de la existencia de una concreta *opinio iuris* en torno a la necesidad de los principios de solidaridad en el ámbito de los desplazamientos involuntarios, de igual forma, el deseo estatal de conservar un amplio margen de apreciación en su manifestación ha condicionado no sólo su eficacia sino que ha puesto en cuestión su propia naturaleza jurídica.

Ya se advirtió que el deseo de solidaridad expresado tanto en la Conferencia de Plenipotenciarios como en el Preámbulo del Convenio relativo al Estatuto de los Refugiados, no obtuvo –en el texto dispositivo–, mayor concreción normativa. Resultaba, *a priori*, más un principio inspirador del ordenamiento –en el cual debiera sustentarse–, que una obligación jurídica que pudiera obtener una materialización concreta.

Con el tiempo y la evidencia de que los desplazamientos forzosos de población no constituían un problema transitorio, la asistencia internacional canalizada a través del Alto Comisionado se hizo una constante. Así, se daba cumplimiento a la obligación de cooperación con la Oficina exigida en el artículo 35 del Convenio de 1951 y que, indirectamente, se convertía en una manifestación del principio de solidaridad internacional.

Desde el inicio, dos inercias se confunden en una apariencia contradictoria: la necesidad de compartir responsabilidades, y el voluntarismo y discrecionalidad de los Estados al respecto (tanto las contribuciones financieras como logísticas son potestativas y las que exceden del presupuesto concertado se deciden para el caso concreto en función de las circunstancias del conflicto y las disponibilidades de los Estados).

Con posterioridad a la adopción del Convenio matriz del DIR, otros instrumentos jurídicos han ahondado en el espíritu de solidaridad internacional. Se han de mencionar expresamente la *Declaración sobre el Asilo Territorial* de 1967, así como otras Resoluciones de la Asamblea General y de otros órganos de las Naciones Unidas al respecto²⁰. En este ámbito universal, especialmente

20. *Declaración sobre el Asilo Territorial*, artículo 2.2: "Where a State finds difficulty in granting or continuing to grant asylum, States individually or jointly or through the United Nations shall consider, in a spirit of international solidarity, appropriate measures to lighten the burden on that State". NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

contundente ha sido el Comité Ejecutivo de ACNUR, que en numerosas ocasiones –casi de forma constante a partir de los años noventa–, ha insistido en el compromiso estatal respecto a la solidaridad internacional y el reparto de la carga ante el convencimiento de que nos hallamos ante una norma de obligado cumplimiento. Concretamente, en relación con los casos de desplazamiento masivo no duda en afirmar:

“En consonancia con los principios de la solidaridad internacional y de la distribución de la carga, los Estados deberán adoptar todas las medidas necesarias para asistir, previa petición, a los Estados que han admitido a personas en busca de asilo en situaciones de afluencia en gran escala”²¹

También a nivel regional pueden traerse a colación tanto la voluntad de los Estados europeos manifestada en el seno del Consejo de Europa, como disposiciones específicas del Convenio de la OUA de 1969 sobre aspectos del problema de los refugiados en África y los instrumentos sobre la materia de origen asiático²².

No de todos los instrumentos jurídicos anteriores podemos afirmar su carácter vinculante para los Estados; no obstante lo cual, han marcado una pauta persistente y pueden resultar representativos de la *opinio iuris* interna-

Sobre las Resoluciones de los órganos principales y subsidiario (ACNUR) de las Naciones Unidas: *Vid.* FONTEYNE, J.-P.L. «Burden sharing: An Analysis of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees», *op. cit.*, nota al pie número 90, 92, 95 y 96 (páginas: 181-183).

21. ACNUR. EXCOM. *Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala*, Conclusión nº 22 (XXXII), 1981 (32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. iv: «Solidaridad internacional, distribución de la carga y deberes de los Estados». La cursiva es de la autora.

En general, Conclusiones del Comité Ejecutivo: 15 (XXX) 1979; 22 (XXXII) 1981; 52 (XXXIX) 1988; 61 (XLI) 1990; 67 (XLII) 1991; 68 (XLIII) 1992; 71 (XLIV) 1993; 74 (XLV) 1994; 77 (XLVI) de 1995; 79 (XLVII) 1996; 80 (XLVII) 1996; 85 (XLIX) 1998; 87 (L) 1999; 89 (LI) 2000; 90 (LII) 2001.

22. CONSEJO DE EUROPA. *Resolución (67) 14*, asilo para personas en peligro de persecución, de 29 de junio de 1967.

En términos similares a la Declaración sobre el Asilo Territorial: *Convenio de la OUA*, artículo II.4: «Where a Member State finds difficulties in continuing to grant asylum to refugees, such Member States *may* appeal directly to other Member States and through the OAU, and such other Member States shall in the spirit of African solidarity and international co-operation take appropriate measures to lighten the burden of the Member State granting asylum». En el párrafo 5 comprobamos la relación entre protección temporal, solidaridad y reasentamiento: «Where a refugee has not received the right to reside in any country of asylum, he *may* be granted temporary residence in any country of asylum in which he first presented himself as a refugee pending arrangement for his resettlement in accordance with the preceding paragraph».

La cursiva pretende resaltar la redacción en términos de posibilidad, por lo que no se crea un derecho individual.

Addendum to the Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees.

cional respecto a la obligatoriedad de la norma, aunque no tanto sobre los concretos parámetros de la misma, que persisten imprecisos.

Para mayor abundamiento y con objeto de extraer conclusiones aplicables y en apoyo del Derecho de los Refugiados, doctrina tan especializada como los Profesores Carrillo Salcedo o Fontayne han indagado en la expresión jurídica del valor de la solidaridad en otros ámbitos normativos. Así, una interpretación sistemática de la Carta de las Naciones Unidas o del DIDII pudieran ofrecer nuevas perspectivas en una lectura teleológica del “deber de cooperación internacional” propuesto en estos instrumentos.

De esta forma, el principio de solidaridad y de reparto de responsabilidad en materia de desplazamientos sería una expresión de ese deber que encuentra su fundamento en el hecho de que se trata de problemas que –tal y como ha calificado el Profesor Carrillo Salcedo–, afectan al interés de la comunidad internacional en su conjunto y que, por consiguiente, únicamente pueden encontrar solución a través de la cooperación internacional²³.

No sólo existiría una intrínseca obligación de cooperación entre los Estados más favorecidos con los menos desarrollados, que podría deducirse –en opinión del Profesor Fontayne– de la Carta de Naciones Unidas, como confirma el propio funcionamiento de la Organización –con todos sus organismos subsidiarios y especializados–, sino que la propia “*obligación internacional de mantenimiento de la paz y seguridad internacional*” vincularía también a los órganos de la misma, en tanto en cuanto las consecuencias de los desplazamientos masivos puedan ponerla en peligro²⁴.

23. CARRILLO SALCEDO, J.A. «Refugiados y Solidaridad Internacional», en *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, *op. cit.*, p. 184.

El Profesor considera que los problemas de los refugiados, de los desplazados y de los migrantes económicos (esto es, de los seres humanos que son víctimas de la persecución, de la violencia y las violaciones masivas de derechos humanos, o de la miseria), deben ser abordados desde la perspectiva abierta por el Preámbulo y los párrafos 1, 3 y 4 del artículo 1 de la Carta de Naciones Unidas, así como, de las obligaciones positivas de hacer que hoy día (en una interpretación teleológica y flexible) podrían extraerse de la Resolución 2625 (XXV) sobre los *Principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados*, según la cual, los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias.

También alude a los artículos mencionados de la Carta de las Naciones Unidas: FITZPATRICK, J. «Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime», *op. cit.*, 2000, 290.

24. El Profesor Fontayne alude al artículo 14 de la DUDH; y a los artículos 1.1; 1.3; 55 y 56 de la Carta de Naciones Unidas, y la *opinio iuris* deducible de la práctica estatal en el seno de las Naciones Unidas (ACNUR especialmente), para confirmar el deber de cooperación entre los Estados y que adquiere nuevos tintes desde la incorporación de los países surgidos del proceso descolonizador.

Asimismo, confirma la relación existente entre mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y los flujos masivos. FONTEYNE, J.-P.L. «Burden sharing: An Analysis of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees», *op. cit.*, p. 177-179 y 185.

A pesar del análisis anterior, resta en pie el problema de la cristalización de una norma consuetudinaria en torno a la solidaridad internacional. Las opiniones doctrinales son divergentes, pues también difiere el análisis de la práctica que hacen cada uno de ellos²⁵.

En cualquier caso, consideramos que siempre que se produzca un desplazamiento a gran escala los Estados tienen la responsabilidad de cooperar para compartir la carga, aunque ellos no resulten directamente afectados. Esta responsabilidad tiene como base jurídica diversos instrumentos que, con independencia de su fuerza vinculante, sostiene los principios básicos de la protección de refugiados, el respeto a los derechos fundamentales y la promoción de la paz y seguridad internacionales²⁶.

En esa función de *sostén* de los principios básicos de la protección, se ha vinculado el principio de solidaridad con el principio de *non refoulement*, lo que vendría a confirmar, de nuevo, el carácter coadyuvante con el que nace este principio en sus orígenes, en relación al asilo, y se ve confirmado en relación con los desplazamientos masivos de población. La reflexión consistiría en lo siguiente: en la medida en la que los Estados se sintieran vinculados en un reparto de responsabilidades más equitativo, se verían reforzadas las garantías en torno a la no devolución de aquellas personas en peligro. Esto es, a mayor solidaridad, mayores garantías de protección²⁷.

El peligro radica en hacer depender las unas de las otras, es decir, en vincular de un modo tan ineludible las obligaciones respecto a la solidaridad con las obligaciones en torno al *non refoulement*, de modo que pudiera eludirse el compromiso con el último en ausencia de un reparto de responsabilidades adecuado.

25. A favor de su consideración como norma consuetudinaria: FONTEYNE, J.-P.L. «Burden sharing: An Analysis of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees», *op. cit.*, p. 175 y 182.

Pone en duda sus argumentos: NOLL, G. Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection, *op. cit.*, p. 284.

Otros Profesores manifiestan su conformidad con las obligaciones estatales en torno a la responsabilidad compartida atendiendo a la base jurídica citada en el epígrafe, mas, eludiendo la calificación como norma consuetudinaria. HATHAWAY, J.C. «Making International Refugee Law Relevant Again», *op. cit.*, p. 169.

26. *Cfr.* ACNUR. *Global Consultations, Mechanism of International Cooperation to Share Responsibilities and Burdens in Mass Influx Situations*, *op. cit.*, p. 381, para. 2.

27. En palabras de la profesora Ponte Iglesias, los mecanismos de reparto de la carga, al asumir algunos de los costos políticos, económicos y de otro tipo de la acogida de refugiados o la rehabilitación de repatriados, pueden contribuir a alentar a los gobiernos para que cumplan con sus obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los Refugiados y del Derecho relativo a los Derechos humanos, promoviendo de esta manera la protección de los refugiados y a la solución de sus problemas. PONTE IGLESIAS, M. *Conflictos armados, Refugiados y Desplazados internos en el Derecho internacional actual*, *op. cit.*, p.231.

Tendría una especie de efecto disuasorio.

El debate ha utilizado los mismos parámetros para conclusiones divergentes: se pretende, por parte de algunos autores, ahondar en el carácter vinculante de las obligaciones de solidaridad con objeto servir de garante del resto de obligaciones de acogida. La necesidad “funcional” de la solidaridad se convertiría, así, en una necesidad *sine qua non* para la eficacia de las obligaciones²⁸; con el mismo propósito, por otro lado, se ha interpretado que los acuerdos de responsabilidad compartida, en la medida en que incorporasen criterios de redistribución de desplazados, podrían llegar a vulnerar las obligaciones respecto al asilo y en ausencia de la eficacia del mismo, el principio de no devolución, en su versión maximalista: de no rechazo en frontera²⁹.

Esta relación imbricada entre el principio de solidaridad y las obligaciones de acogida supone importantes retos de equilibrio. Si se convierte en una precondition³⁰ para el cumplimiento la obligación de no devolución y la conservación de las capacidades de protección de los Estados, sus limitaciones podrían poner en cuestión toda la estructura.

Y es que no se puede olvidar y así volvemos al origen del epígrafe, las peculiaridades del principio de solidaridad y reparto de la carga.

El problema de la falta de concreción jurídica es la ausencia de previsibilidad, de determinación específica de los mecanismos para compartir las responsabilidades y eso se manifiesta en un desequilibrio en la acogida y una respuesta que depende en exceso del voluntarismo de los Estados, lo que la hace insuficiente en muchos casos. Pero no se puede negar que la obligación internacional de solidaridad y reparto de la carga con el apoyo del desarrollo del Derecho internacional contemporáneo está vigente y mucho menos las obligaciones de admisión y no devolución. (se puede considerar pieza insustituible cuando no existe obligación previa de admisión, pero si ésta existe,

28. *Vid.* FONTEYNE, J.-P.L. «Burden sharing: An Analysis of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees», *op. cit., passim*. Nótese que el Profesor está considerando el principio de solidaridad en un ámbito global y con un contenido omnicompreensivo.

29. PERLUSS, D.; HARTMAN, J. F.: «Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm», *op. cit.*, p. 34.

30. ACNUR ya había advertido en sus primeros análisis del sistema de *temporary refuge* sobre como la solidaridad internacional no debía ser entendida como un pre-requisito para cumplir con obligaciones internacionales como la no devolución. No obstante, al mismo tiempo, se infiere de sus palabras que resulta indispensable en situaciones de *mass influx*. Finalmente sentencia: “(...) to weaken the principle of international solidarity is to weaken the principle of *non-refoulement*”. ACNUR. EXCOM. Sub-Committee of the whole on International Protection, Thirty-second session, EC/SCP/16/Add. 1, 17 julio 1981, para. J: “Temporary Refugee and International Solidarity”. Estudio realizado por el Profesor Coles que posteriormente se ratifica en: COLES, G.J.L. «Temporary Refuge and the Large Scale Influx of Refugees», *op. cit.*, p.212. Posteriormente, *vid., inter alia.*, ACNUR. Standing Committee. *Progress Report on Informal Consultation on the Provision of International Protection to All Who Need It*, EC/48/SC/CPR. 32, para. II (Summary of Discussion of Burden-Sharing), 25 mayo 1998.

resultaría un complemento). Puede no ser del todo eficaz o adolecer de falta de concreción; así nació y el tiempo lo único que ha hecho es madurar la obligación pero poco ha ayudado a determinarla y menos aún a fijar parámetros específicos de reparto. A pesar de toda la evolución normativa analizada, no ha sido posible lograr el consenso suficiente para crear mecanismos institucionalizados a nivel universal. A nuestro juicio, no hay voluntad para ello; los Estados en esa área pretenden mantener su amplio margen de soberanía estatal.

En el ámbito regional, la Directiva sobre Protección Temporal supone una cierta institucionalización aunque, ciertamente, con limitaciones, que pueden explicarse por esa dicotomía a la que aludíamos al inicio: la asunción de la necesidad de solidaridad y la conservación del margen de apreciación soberana.

Es evidente que la ausencia de normas jurídicas vinculantes se debe a un interés estatal concreto por conservar su parcela de soberanía en este terreno y así, poder adoptar decisiones en función de las circunstancias. Al depender de las situaciones de hecho que se presenten es claro que las cuestiones políticas, o de otra índole, van a afectar en el proceso de toma de decisiones. De ahí las conclusiones de los analistas respecto a los acuerdos de cooperación en situaciones de crisis de refugiados.

Como se estudiará más adelante, en el marco de la Directiva, los Estados también han querido conservar sus prerrogativas. No se comunitariza toda la materia, de tal forma que tanto la decisión de activación como de solidaridad financiera o física pudiera depender de la exclusiva decisión del Consejo por mayoría cualificada. No es este el caso; se requiere de otros apoyos. Si bien para el reparto de competencias de carácter financiero sí se ha logrado un consenso, canalizado a través del Fondo Europeo de Refugiados, respecto al reparto de competencias físicas, los Estados han de manifestar su consentimiento expreso.

Por tanto, la tendencia continúa aunque la Directiva ofrezca mayor certeza al establecer estos parámetros –un sistema de reparto de competencias en materia de desplazados a nivel regional–, en una norma concreta y de obligado cumplimiento, algo insólito hasta el momento. De esta forma, el problema de la naturaleza jurídica de las obligaciones respecto a la solidaridad internacional mejora aunque la propia regulación reproduzca alguna de las deficiencias de contenido del sistema.

II. EL CAPÍTULO VI DE LA DIRECTIVA Y EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS. LA SOLIDARIDAD COMUNITARIA.

1. ACERVO COMUNITARIO EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES COMPARTIDAS. EL ARDUO PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA SOLIDARIDAD COMUNITARIA.

Tal y como se indicó en el primer apartado de este Capítulo, se ha producido una interacción entre la producción de los desplazamientos masivos y la revitalización del principio de solidaridad y responsabilidad compartida. Así como ya ocurriera con los sistemas de *temporary refuge*, también en el origen del dispositivo de Protección Temporal aparece la necesidad de cooperación, si cabe más evidente, dado el marco regional de clara apuesta por la integración en el que nos encontramos.

No obstante, y a pesar de lo que pudiera parecer *a priori*, el hecho de hallarnos en un marco geográfico del que se supone mayor facilidad para el logro de un consenso en torno a la cooperación, el proceso de gestación de la Directiva europea nos demuestra que las enormes dificultades al respecto van más allá de lo que cabía esperar de una organización internacional –como la Comunidad Europea–, unida por objetivos más amplios.

La reticencia de los países miembros en torno a la asunción de obligaciones concretas en el marco de la solidaridad ha provocado que la vinculación indisociable entre la creación de dispositivos de acogida temporal y el principio de responsabilidad compartida se manifieste aquí con mayor contundencia.

Se puede afirmar que tanto la gestación, como la concepción de la Directiva (el estatuto de derechos adquiridos se debe en buena parte a la temporalidad y al mecanismo de solidaridad) y la propia viabilidad de la misma dependen seriamente del acuerdo de voluntades de los Estados en torno al reparto de responsabilidad (podría decirse que a mayor disponibilidad de los Estados respecto a la acogida, mayores posibilidades de activación del dispositivo).

El principio de solidaridad internacional en el marco del Convenio de Ginebra no surgió de una forma tan determinada por las necesidades estatales de cooperación. La lógica de la protección de los perseguidos se convertía en el *leit motiv* de la institucionalización del estatuto de refugiado. La solidaridad venía a ser un complemento, un *desideratum* sin mayor concreción jurídica. Sin embargo, por lo que a los desplazamientos masivos se refiere, la lógica de la protección se halla debilitada; en consecuencia, el reparto de responsabilidades adquiere mayor protagonismo a modo de mecanismo para equilibrar la balanza entre: la obligación de proporcionar protección a las personas desplazadas y las nuevas “cargas” asociadas a la misma.

Los Estados se han mostrado reacios a asumir nuevas obligaciones multilaterales respecto a los desplazados forzosos, especialmente, en ausencia de

un auténtico *responsability sharing*³¹. Sin embargo, esta imbricación pudiera llevar aparejada el peligro de condicionar las previas obligaciones internacionales de acogida, pues proporcionar prioridad al establecimiento de un sistema de reparto de la responsabilidad en el centro de la formalización de un modelo de Protección Temporal corre el riesgo de condicionar la naturaleza de estas obligaciones de protección y, por tanto, el principio de *non refoulement*, vinculantes para los Estados con independencia del logro de acuerdos sobre solidaridad.

El origen de la Directiva se halla tan condicionado por la consecución de una efectiva solidaridad entre los países miembros que casi no se aprecia a distinguir si la Protección Temporal surge como necesidad real de creación de instrumentos jurídicos que suplieran las deficiencias del DIR en casos de afluencias a gran escala o resulta, más bien, de la urgencia de institucionalizar mecanismos de reparto de las responsabilidades a este respecto. La vinculación es tan importante que los acuerdos en torno al sistema de Protección Temporal se hallaron muy condicionados por la ausencia del adecuado consenso en torno a la debida distribución de la carga.

El Consejo de Europa advierte en ese sentido:

“stressing that international solidarity is a key to coping with situations of massive and sudden influx and the obligation of states to offer protection based on the principle of non refoulement is not dependent on burden-sharing agreements between states”³².

Sin embargo, la realidad se mostraba muy alejada de este deseo. Algunas de las normas adoptadas en el marco más general de asilo –hasta el momento–, más que permitir un reparto equitativo de las cargas, parecían obtener el resultado opuesto –piénsese en los convenios de readmisión, noción de “tercer

31. Puede servir de botón de muestra el siguiente análisis de expertos respecto a la actuación gubernamental e institucional en relación con la crisis kosovar: « (...) On the protection side, there was a wear-disaster at the outset of the emergency, when thousands of refugees were trapped at the blace crossing point on the border between Kosovo and FYR Macedonia. *The immediate cause was the refusal of FYR Macedonia to admit a massive refugee flow unless it had reasonable assurances that other States would help.* The result was a ‘burden sharing programme’ based on the underlying premise that protection is a common responsibility of states. Government rather than UNHCR took the initiative in these programmes, particularly the USA, which was moved by strategic-political interest as well as humanitarian concerns. UNHCR worked with States to develop and co-ordinate the evacuation and later transfer programmes. The agency made significant efforts to raise protection issues and should be commended for quickly producing guidelines to clarify standards». (La cursiva es de la autora).

BARUTCISKI, M.; GARLOCK, R.; SANDISON, P.; SUHRKE, A. (UNHCR. Evaluation and Policy analysis Unit.), *The Kosovo Refugee Crisis. An Independent Evaluation of UNHCR’s emergency preparedness and response*, EPAU/2000/001, febrero, 2000.

32. CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. *Recomendación nº R (2000) on Temporary Protection*, 3 may 2000.

país seguro”, los Convenio de Shengen y el Reglamento de Dublín cuyo sistema de determinación del Estado responsable de la determinación de las solicitudes de asilo se basa, de nuevo, en aspectos puramente geográficos y de control de fronteras, con la consecuente distribución desigual de las personas necesitadas de protección³³. La década de los ochenta y parte de los noventa nos da muestras de una normativa orientada a la contención de flujos migratorios incompatible con un reparto equitativo entre los Estados europeos y, en el mismo sentido, con el resto de la comunidad internacional.

El control de los flujos y la solidaridad internacional habrán de convivir en el futuro en un difícil equilibrio que se manifiesta en la adopción de instrumentos jurídicos que no pueden más que hallarse a medio camino entre ambas concepciones.

En concreto, por lo que respecta al tratamiento de flujos masivos, la actuación estatal en el marco del conflicto surgido en la ex Yugoslavia, resulta paradigmática de esta especie de dialéctica entre la necesidad de solidaridad manifiesta y la ausencia de voluntad estatal a la hora de concretar sus obligaciones al respecto.

Al *desinterés* mostrado en los prolegómenos de la conflagración sobre las necesidades en torno a la solidaridad respecto a los desplazados³⁴, le sucedió algo más llamativo y de más amplias consecuencias en el ámbito de integración europeo: las *reticencias* a la elaboración de marcos normativos concretos sobre responsabilidad compartida por parte de algunos Estados miembros. Una vez se hizo evidente que la contención de los desplazados en sus fronteras era inviable, la necesidad de pasar de una actuación en origen a la acogi-

33. El Profesor Noll considera que ambos Convenios no son compatibles con el principio de responsabilidad compartida. NOLL, G. «Prisoners' Dilemma in Fortress Europe: On the Prospects for Equitable Burden-Sharing in the European Union», *op. cit.*, pp. 431-436.

34. La primera mención sobre la necesidad de proceder a realizar una distribución de la carga se produce durante el *International Meeting on Victims of the Humanitarian Crisis* de 29 de julio de 1992. Tras proclamar (artículo 1) que la estrategia a seguir iba a centrarse en la *contención* del conflicto en las fronteras del área origen del mismo, se alude a la necesaria asistencia financiera pero en el marco de “la comunidad internacional”.

Posteriormente, se adopta la *Resolución de los Ministros responsables en materia de Inmigración* en su reunión de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1992 en Londres, sobre las personas desplazadas como consecuencia del conflicto en la antigua Yugoslavia. En ella no se dispone ninguna mención al respecto, dejando a salvo la intención expresada de acoger temporalmente a ciertas categorías de personas vulnerables (según propuesta de ACNUR y CICR) de acuerdo con las posibilidades nacionales y bajo una acción coordinada de todos los Estados miembros (párrafo 5), aunque *a posterior* se mostraran reticentes a ello. Resulta oportuno resaltar que en estos momentos Estados no miembros de la Unión Europea como Austria, Suecia y Suiza estuvieran ofreciendo una mayor protección que la mayoría de los que sí los eran.

Tampoco se establece ningún tipo de distribución de desplazados entre los Estados en la *Resolución de los Ministros responsables en materia de inmigración adoptada en su reunión de 1 y 2 de junio de 1993*, relativa a determinadas orientaciones comunes sobre la acogida de grupos de personas en peligro particularmente vulnerables originarias de la antigua Yugoslavia.

da territorial de las poblaciones en peligro se convierte en una súplica de los países vecinos con la anuencia en tal sentido manifestada por las instituciones comunitarias³⁵.

En último término, cuando los acuerdos sobre responsabilidad compartida resultaban ineludibles, nos encontramos con la *ausencia de acuerdo* en torno a los concretos criterios de distribución de la asistencia y acogida de los desplazados; esta última se ha convertido en una discusión inacabada.

Estas discrepancias han tenido como consecuencia la creación de instrumentos jurídicos redactados en términos indeterminados –en tanto que permitirían un mayor margen de apreciación estatal–, y con una clara apuesta por la actuación *ex post facto*, es decir, producido el conflicto generador del exilio, una vez existieran datos ciertos sobre la magnitud de estos desplazamientos.

En el contexto del Tratado de Maastricht, los Estados miembros adoptaron dos instrumentos: la *Resolución del Consejo de 1995* sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas, basada en el artículo K.1 del TUE y la *Decisión del Consejo de 1996*, sobre un procedimiento de alerta y urgencia para el reparto de la carga en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas, basada en el artículo K.3.2.a). Estos instrumentos estu-

35. La acogida en los Estados miembros que consiguiera aliviar en alguna medida a Estados como Albania, Eslovenia o Macedonia se hace cada vez más imperiosa y en ese marco, surge la primera propuesta expresa sobre reparto de cargas, por parte de Suecia. A ésta le sucede otra apoyada por cinco países más: Alemania, Austria, Dinamarca, Noruega y Suiza con los auspicios del Consejo de Europa y presentada ante la quinta reunión de los Ministros responsables en materia de inmigración de 18 y 19 de noviembre de 1993.

En la propuesta se afirmaba: "(...) a more equal distribution of the outflow caused by the present situation in former Yugoslavia would facilitate protection to be given to all those forced to leave their homes". Y por ello, se procede a hacer un llamamiento a la comunidad internacional: "(...) to offer shelter and to host, on a more equitable basis, in particular displaced persons and war refugees from Bosnia and Herzegovina who cannot avail themselves of protection in the region".

La propuesta obtiene la oposición de algunos Estados como Francia, Holanda o el Reino Unido, el cual, mostraba su desacuerdo en atención a su contribución manifiesta a través de los gastos derivados de la presencia militar de sus tropas en la región: La resistencia se mantiene en la reunión plenaria del *Vienna Group* en Estrasburgo los días 27 a 28 de enero de 1994. *vid.* NOLL, G. «Prisoners' Dilemma in Fortress Europe», *op. cit.*, pp. 415-416.).

Al mismo tiempo, tanto el PE como la Comisión adoptan decisiones a favor de la creación de un plan de emergencia para la recepción de refugiados con base en la distribución equitativa entre los Estados miembros (Parlamento Europeo. *Resolution on the General Principles of a European Refugee Policy*, 19 enero de 1994, A3-0402/93, DOCE nº C 044/106 de 1994). Así, en palabras de la Comisión: "development of a monitoring system for absorption capacities and creation of a mechanism which would make it possible to support Member States who are willing to assist other Member States faced with mass influx situations" a través de "formal burden-sharing arrangement" (Comisión Europea. *Comunicación sobre las políticas de inmigración y derecho de asilo* presentada por la Comisión, 23 de febrero de 1994, para. 98 y 99).

vieron motivados por la afluencia de personas desplazadas procedentes de la antigua Yugoslavia, en la primera mitad de los años noventa –en particular de Bosnia y Hercegovina.

No se aplicaron nunca, ni siquiera en el marco de la crisis de Kosovo de la primavera de 1999³⁶. Muy al contrario, los acontecimientos precipitados en la zona evidencian las dificultades en torno a la cooperación y, en consecuencia, la adopción de medidas nacionales individuales para atender a los flujos. En estas circunstancias, pues, la protección temporal se proporcionó en los Estados miembros sin coordinación³⁷.

Tal y como concluíamos respecto a la solidaridad internacional (apartado I de este Capítulo), el reparto de responsabilidades de carácter financiero resulta más fácil que cualquier intento de distribución de personas acogidas entre los Estados. Es por ello que Europa consigue un acuerdo sobre la asistencia financiera, con relativa facilidad, que lograba paliar en alguna medida las dificultades de consenso manifestadas en otros aspectos.

La *Acción común de 26 de abril de 1999*—sobre la base del artículo K.3 del TUE—, por la que se establecen proyectos y medidas de ayuda para la acogida y repatriación voluntaria de refugiados, personas desplazadas y que buscan asilo, incluida ayuda de emergencia a las personas que han huido como consecuencia de los recientes acontecimientos en Kosovo financió proyectos de acogida y regreso voluntario de kosovares por un importe de unos diez y siete millones de euros³⁸.

36. Sí existió un intento por parte de Alemania de aplicación de estas normas, precisamente, con motivo de la acogida de los albanos-kosovares, sin embargo y –en palabras de D^a Sara Carrascosa–, la alusión fue elegantemente evitada por parte de la Presidencia británica que se limitó, a dichos efectos, a convocar un Consejo JAI extraordinario. CARRASCOSA FERRANDIS, S. «Flujo masivo de desplazados: comentarios a la primera Directiva europea», en (Fernández Sánchez, Pablo A. editor), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, op. cit., p. 316.

37. En abril de 1999 ante la afluencia de kosovares y la necesidad de proceder a evacuaciones humanitarias fuera de la región de primera acogida –constatada por el ACNUR–, los Estados miembros de la Unión Europea se reúnen en un *Consejo extraordinario de Justicia y Asuntos de Interior* en Luxemburgo, el 7 de abril de 1999. En las conclusiones de la Presidencia reconocen que, por razones humanitarias y con el fin de evitar una desestabilización de los países de acogida en la región de origen, pudiera ser necesario conceder una protección y una asistencia con carácter temporal a las personas desplazadas fuera de la región de origen. Las evacuaciones humanitarias debían basarse en la voluntad de las personas desplazadas, debiendo aplicarse el principio de unidad familiar.

El 27 de mayo de 1999, el Consejo adoptaba unas conclusiones sobre las personas desplazadas en Kosovo, en las que se abordaban las cuestiones de protección de forma más detallada. Sin embargo, el final de la protección temporal se produjo en los Estados miembros sin coordinación evidente. Lo reconoce la Comisión en la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva de 2000*, para. 3.2, p. 5.

38. Cifra aportada por la Comisión Europea. *Propuesta de Directiva de 2000*, Exposición de Motivos, para. 3.3, p. 6.

Con posterioridad –en el marco de la UE–, y con las lecciones aprendidas, se procede a una mayor armonización desde perspectivas más amplias, en atención a un régimen más completo sobre Protección Temporal. La Comisión envió al Consejo, el 5 de marzo de 1997, una *Propuesta de Acción Común*, –sobre la base del artículo K. 3.2.b)–, a la que se sucedió una *Propuesta modificada de Acción Común* de 24 de junio de 1998 que llevaba aparejada la *Propuesta de Acción Común relativa a la solidaridad en la acogida y estancia de los beneficiarios de la protección temporal de las personas desplazadas*.

Y es que son dos las características principales de los instrumentos que se adoptan en estos momentos: por un lado, pretenden una armonización sobre el régimen de protección temporal con objeto de que existan conceptos comunes al respecto entre los Estados y también, de otro, para evitar así, movimientos secundarios en búsqueda del Estado más generoso. Sin embargo, esa armonización –que sienta las bases de la actual normativa sobre Protección Temporal– no resultaba suficiente para el logro de una más equitativa distribución de los desplazados que seguían acudiendo a los Estados vecinos al conflicto, por lo que se hacía necesaria la adopción de normas concretas sobre asistencia financiera y reparto de personas desplazadas. No obstante, el problema endémico de la ausencia de acuerdo en cuanto a estos términos ponía en peligro el consenso demostrado en lo referente a los parámetros esenciales de la acogida temporal. Así –como segunda característica–, se procede a una adopción por separado de los instrumentos jurídicos. Por un lado, las propuestas sobre el dispositivo de protección temporal y, por otro, los mecanismos de solidaridad que le servían de apoyo³⁹.

A pesar de los frutos, a principios del año 1999, la Comisión y el Consejo constataban el bloqueo de los debates, en particular sobre la cuestión de la

39. La Comisión explica esta tendencia al hilo de sus comentarios a la *Propuesta de Acción Común modificada de 1998*. En relación al artículo 5 relativo a la asistencia a los Estados miembros, reconoce: “Se trata de uno de los artículos más discutidos de la propuesta de la Comisión. Las negociaciones en el Consejo pusieron de manifiesto que se trataba de un aspecto que para varios Estados miembros hacía difícil la aceptación de la iniciativa de la Comisión. Esta es la razón por la que, sólo con el fin de no entorpecer el avance de la protección temporal, en esta propuesta se sugiere ahora separar las disposiciones relativas al establecimiento de un régimen de protección temporal de las que pudieran permitir una asistencia a los Estados miembros principalmente afectados. El objetivo de la Comisión es favorecer la adopción por el Consejo, a la mayor brevedad, de las disposiciones sobre las que parece vislumbrarse un acuerdo. Por consiguiente, un acuerdo de este tipo podría establecer una dinámica que la Comisión desea de todo corazón, que permita avances ulteriores para la consecución de una mayor solidaridad entre los Estados miembros (...) No obstante, y para que estos aspectos, desde luego conexos, pero que trascienden la definición de un régimen de protección temporal, no vayan a hipotecar la formación de un consenso sobre el presente instrumento, el procedimiento de adopción de las medidas de solidaridad es objeto de una propuesta de acción común específica, presentada simultáneamente con la presente propuesta modificada. De esta manera, la Comisión favorece un acuerdo rápido sobre la protección temporal, manteniendo al mismo tiempo un gesto político claro en el sentido de que este acuerdo no puede separarse de una mayor solidaridad entre Estados miembros”. (para. 12, pp. 6-7).

solidaridad. De hecho la doble base jurídica que se observa en el Tratado de Amsterdam no hace más que incidir en la misma idea.

En función del literal del precepto (art. 63 TCE), se podía haber dado lugar a dos instrumentos diferentes –tal y como estaba resultando habitual–, uno dedicado a regular las bases del dispositivo de Protección Temporal (artículo 63.2.a), y otro con objeto de ordenar el reparto de la responsabilidad respecto a la acogida y las consecuencias de dicha acogida (artículo 63.2.b).

Sin embargo, finalmente se consigue el suficiente acuerdo sobre ambos aspectos como para incluirlos en un solo instrumento (salvedad hecha de la regulación del Fondo Europeo de Refugiados –apoyo financiero de la Directiva). La *Propuesta de Directiva de 2000* ya incorpora en una única norma todo lo relativo a la protección temporal, aunque dicha regulación unívoca no significaba que las discrepancias estuvieran del todo resueltas.

Sin lugar a dudas –sentencia la antigua Consejera para los Asuntos de Inmigración y Asilo en la Representación Permanente de España ante la UE–, el tema que más horas ha ocupado a las delegaciones ha sido la materialización del denominado *fomento del esfuerzo equitativo* del artículo 63.2.b)⁴⁰.

Las desavenencias resultaban tan evidentes que incluso se considera la posibilidad de que las normas pudieran adoptarse en fechas distantes. Así, se evita el plazo máximo de cinco años –a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam–, estipulado por el artículo 63 para la adopción de las normas propuestas en el caso del artículo 63.2.b)⁴¹, es decir, respecto a las medidas sobre solidaridad, lo cual parece indicar la intuición de una ausencia de consenso prolongada en el tiempo.

40. Como delegada gubernamental que participó en la gestación de la Directiva, D^a Sara Carrascosa está en disposición de aportar el dato político que arroja luces sobre la problemática a la que aludimos. Existe un enfrentamiento que se evidencia durante todo el proceso de gestación de la Protección Temporal en Europa: el de aquellos países que reclaman una regulación concreta del reparto de la carga vinculado al sistema de Protección Temporal y por tanto de base jurídica única –Alemania, Austria, y los países nórdicos–, frente a los Estados que no aceptaban la vinculación de las bases jurídicas y aunque proclives a la manifestación de la solidaridad a través de un reparto financiero, exigían para ello la aceptación del Estado y del desplazado a la hora de proceder a una distribución de los mismos entre los Estados miembros –Francia, y España, *inter alia*–. CARRASCOSA FERRANDIS, Sara. «Flujo masivo de desplazados: comentarios a la primera Directiva europea», *op. cit.*, *passim*.

41. En virtud del artículo 63 *in fine*, el Consejo resulta liberado del plazo máximo de cinco años para la adopción de las medidas contenidas en el artículo 63, apartados: 2.b); 3.a) y 4.

Artículo 63.2.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;

Artículo 63.3.a): medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;

Artículo 63.4: medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros.

El Tratado CE no habla de “solidaridad” sino de “fomento de un esfuerzo equitativo”, expresión ésta última que podía haber sido utilizada como título del capítulo VI de la Directiva⁴². No se recoge el término “solidaridad”, ni tampoco “espíritu de solidaridad comunitaria”, al que se refiere posteriormente la Directiva de Protección Temporal en su artículo 25 (en consonancia con instrumentos jurídicos anteriores que sí hacían referencia al término ‘solidaridad’). Sin embargo, tras la adopción del Tratado de Amsterdam y, en aplicación del mismo, cabe preguntarse por la elección del enunciado.

Por un lado, se ha de precisar, que cabe interpretar que la acepción de *solidaridad comunitaria* en materia de asilo hace referencia a la *existencia de mecanismos que contribuyan a lograr el equilibrio entre los esfuerzos realizados por los Estados para acoger a los refugiados y personas desplazadas y soportar las consecuencias de dicha acogida*. Así puede deducirse del propio texto del Tratado y de los considerando 1 y 2 de la Decisión por la que se crea el FER, que recoge el término solidaridad en ese contexto⁴³.

Por otro lado, consideramos que la utilización del término solidaridad refleja la tradición en materia de asilo, recoge el lenguaje utilizado en el DIR con el que entra en diálogo continuo la Directiva de Protección Temporal. Esta tradición puede ser la razón del término utilizado, lo que no resulta óbice para ser una expresión de la otra.

Por último, mientras que en la *Propuesta de Acción Común de 1997* se utilizaba el término “asistencia” (artículo 5), a partir de la *Propuesta de Acción Común modificada de 1998* se emplea el concepto de “solidaridad” (artículo 2). No consideramos que se trate sólo de un concepto heredado sino que pretende implicar mayores grados de cooperación. Mientras en los primeros instrumentos jurídicos se trataba únicamente de *compensar* al Estado afectado,

42. El PE no se mostró favorable a la utilización de “espíritu de solidaridad comunitaria”. En las enmiendas presentadas con motivo de la *Propuesta de Directiva de 2000*, sugería la utilización de los términos del Tratado: “el principio de esfuerzo equitativo entre los Estados miembros” (artículo 63. 2. b TCE). En opinión de esta institución, resultaba importante asentar los principios en los que se había de basar la acogida de personas desplazadas, principios que, en el estado actual, no pueden ser otros que los que figuran en el Tratado y se reiteran en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo extraordinario de Tampere. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva de 2000*, op. cit., justificación a la enmienda 31, p. 20.

43. *Decisión 2000/596/CE del Consejo, de 28 de septiembre de 2000, por la que se crea el Fondo Europeo para Refugiados*, DOCE nº L 252 de 06.10.2000, p.0012. (En adelante, *Decisión del FER*).

Considerandos 1 y 2: “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 (...)”.

ahora se pretende *sobrellevar la carga entre todos*, compartir las responsabilidades en conjunto. La solidaridad llama a una cooperación reforzada que deviene de la mayor integración.

A pesar de lo que pudiera parecer dado el grado de construcción europea, los desplazamientos procedentes de la antigua Yugoslavia, sin embargo, evidenciaron las deficiencias en torno a la auténtica integración de estos países; respecto a la armonización normativa; y el grado de eficacia en la gestión de crisis.

La creación de un área sin fronteras interiores sin un auténtico régimen de protección regional se puso en evidencia durante la conflagración. La armonización no había sido suficiente, las infraestructuras europeas no proporcionaban una respuesta eficaz a los grandes desplazamientos producidos. En términos de solidaridad, la crisis de Yugoslavia y, posteriormente la de Kosovo, representó una gran fractura.

Así y como resultado evidente de la ausencia de mecanismos de reparto de la responsabilidad, se obtienen las fatales consecuencias de una importante desigualdad en la acogida de los desplazados, fruto pues, de la proximidad geográfica con el foco de conflicto (los países más afectados fueron Alemania —que albergó el 53% de toda la población desplazada en la Europa occidental—, Austria, Suecia y Suiza). El *Humanitarian Evacuation Programme (HEP)* consiguió aliviar a los países más cercanos pero, de nuevo, con una distribución desigual en los Estados Miembros⁴⁴. La necesidad de crear mecanismos concretos y eficaces para la gestión de los flujos masivos, con la participación de todos los Estados, en el futuro, resultaba un asunto de imperiosa urgencia.

Por tanto, de nuevo, el principio de solidaridad se había desarrollado a golpe de necesidad fáctica; hecho éste que ahora con la Directiva se pretende evitar con una mayor prospección. El conflicto en la antigua Yugoslavia y los

44. Estimación de la población bosnia acogida en los Estados miembros en agosto de 1997: Alemania: 342.500; Austria: 88.609; Bélgica: 6.000; Dinamarca: 21.458; España: 1.900; Finlandia: 1.350; Francia: 15.000; Grecia: 4.000; Irlanda: 886; Italia: 8.827; Luxemburgo: 1.816; Países Bajos: 25.000; Portugal: no hay datos; Suecia: 60.671; Reino Unido: 6.000.

Número de personas acogidas tras la adopción del Programa de Evacuación:

Estados miembros de la Unión Europea: Alemania: 14.689; Austria: 5.079; Bélgica: 1.223; Dinamarca: 2.823; España: 1.426; Finlandia: 958; Francia: 6.139; Irlanda: 1.033; Italia: 5.829; Luxemburgo: 101; Países Bajos: 4.060; Portugal: 1.271; Suecia: 3.675; Reino Unido: 4.209.

Estados europeos no miembros: Croacia: 370; Eslovaquia: 90; Islandia: 70; Malta: 105; Noruega: 6.072; Polonia: 1.049; República Checa: 824; Rumania: 41; Suiza: 1.687; Turquía: 8.340.

Otros Estados: Australia: 3.969; Canadá: 5.350; Estados Unidos: 8.549; Israel: 206.

Fuente: página web oficial de ACNUR. www.unhcr.com. *UNHCR/TOM Humanitarian evacuations of kosovar refugees from the FYR of Macedonia from April through 25 June 1999: UNHCR Update: Kosovo Emergency*, 28 June 1999. También: BLACK, R.; KOSER, K.; WALSH, M. 'Temporary Protection and Assisted return of refugees from the European Union', *op. cit.*, p. 447. NOLL, G. *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*. *op. cit.*, p.286.

instrumentos adoptados en su servicio, han servido para poner en evidencia las deficiencias, el interés en la materia y la forma de afrontarlo. Pero, por encima de todo, ha resultado la base para el logro de obligaciones más concretas, como muestra la Directiva que se analiza en este trabajo.

En cualquier caso, todo el proceso y el resultado normativo final ha confirmado la problemática clásica en torno a este principio.

2. EL REPARTO DE LAS RESPONSABILIDADES DE CARÁCTER FINANCIERO. EL FONDO EUROPEO PARA REFUGIADOS (FER).

Como se ha puesto de manifiesto en la introducción precedente, la expresión de la solidaridad a través de un reparto de responsabilidades de carácter financiero ha resultado –en comparación con la distribución de desplazados entre los Estados–, la fórmula más “sencilla” de compromiso con los países más abrumados por los desplazamientos en masa.

La voluntad política de poner a disposición de los afectados una parte de los fondos comunitarios nunca fue objeto de discusión a escala europea; la necesidad de solidaridad se hacía más evidente, si cabe, entre Estados aventurados en un proceso de construcción en el que no parecía tener cabida desigualdades fácticas en extremos tan sensibles como la acogida de desplazados.

Sin embargo, el objetivo de integración comunitaria requería dar el salto desde una mera “asistencia económica” a una verdadera expresión de “solidaridad”, para lo que ha sido necesario más tiempo y esfuerzo del que pudiera parecer a simple vista.

Imprescindibles han resultado tanto el bagaje obtenido a través de las “acciones piloto” desarrolladas entre 1997 y 1999, como la evolución en la base jurídica (desde el Tratado de Maastricht hasta la actualidad), la cual ha permitido una mayor vinculación de los Estados en los gastos que se consideran comunes y, en consecuencia, una más ágil respuesta de éstos a las crisis que se fueran suscitando.

Las deficiencias de los primeros instrumentos jurídicos como la *Propuesta de Acción Común de 1997* –expresión de la mera “compensación financiera” –, o la *Propuesta de Acción Común modificada de 1998 y la relativa a la solidaridad* –que, a pesar de protagonizar un cierto avance hacia una auténtica manifestación de la solidaridad, aún resultaba deficitaria de la necesidad del voto unánime en el Consejo o del escaso alcance de la financiación propuesta⁴⁵–, se fueron subsanando a través de mecanismos particulares (“acciones

45. El artículo 5 se convirtió en uno de los artículos más discutidos de la propuesta de la Comisión. La falta de consenso sobre esta materia provocó la adopción de dos instrumentos separados con objeto de que la falta de sintonía en materia de solidaridad no “hipotecara” (palabras de la Comisión en su Exposición de Motivos, parágrafo 12) la formación de un consenso en torno al sistema de Protección Temporal que obtenía mayores apoyos. Así se adoptan dos propuestas de

piloto”) –al modo de las respuestas *ad hoc* ante crisis humanitarias concretas que sirvieron, igualmente, de motor a nivel internacional–, con objeto de solventar los problemas que las crisis bosnia y kosovar iban suscitando. De nuevo, la realidad se impone a una normativa aún en ciernes y provoca la adopción de instrumentos “paraguas” que salvan las lagunas jurídicas para casos concretos pero que evidencian la ausencia de un consenso a más largo plazo.

Las “acciones piloto”, a pesar de su carácter experimental⁴⁶ y, de forma especial, la *Acción Común, de 26 de abril de 1999* –que corona los esfuerzos

acción común: una dedicada al establecimiento de un régimen de Protección Temporal –la *Propuesta de Acción Común modificada de 1998*–, y otra relativa al reparto de responsabilidades –la *Propuesta de Acción Común relativa a la solidaridad en la acogida y estancia de los beneficiarios de la protección temporal de las personas desplazadas* (en adelante: *Propuesta de Acción común relativa a la solidaridad de 1998*), COM (1998) 372 final/2, DOCE n^o C, 268, 27/08/1998.

En cualquier caso, ambas se presentaban simultáneamente en un gesto que intenta demostrar que se trata de cuestiones inevitablemente vinculadas.

En la *Propuesta de Acción Común de 1998*, el artículo 5 abandona la expresión “asistencia” de la propuesta anterior para introducir el término “solidaridad”, al igual que el enunciado de la *Propuesta de Acción común relativa a la solidaridad de 1998*. El cambio no es baladí sino que el contenido de esta última propuesta manifiesta avances importantes en una mayor concreción de la solidaridad. Es más, la Comisión declara que ya no se trata de “compensarlos” (comentario al artículo 3, párrafo 9), sino de concederles una aportación que cubra parte de dichos gastos suplementarios a través de una ayuda de emergencia y la financiación de proyectos de acogida.

Las deficiencias señaladas se refieren, no obstante, a esas limitaciones de la ayuda financiera (que según el artículo 3 está destinada a cubrir “determinados gastos”) y especialmente, a su procedimiento de activación. Según el artículo 2.1 de la Propuesta: “En el momento de la adopción de los regímenes de protección temporal, o sobre la base del informe mencionado en el artículo 4 de la acción común sobre la protección temporal, el consejo podrá, por *unanimidad* y a iniciativa de un Estado miembro o de la Comisión, adoptar decisiones por la que se implanten unos mecanismos de solidaridad mediante los que se ayude a los Estados miembros especialmente afectados por la admisión de beneficiarios de la protección temporal” (la cursiva es de la autora).

En consecuencia, no existe una autorización general a compartir gastos sino que se trata –en palabras del Profesor Noll–, de un mecanismo para actuar *ad hoc* con absoluto consenso en función de la situación política. NOLL, G. *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, *op. cit.*, p. 304.

Es importante aclarar que la base jurídica no dejaba mayor margen de actuación. En virtud del anterior artículo K.8 (Tratado de Maastricht), las medidas aplicables a los gastos operativos que se extraigan del presupuesto comunitario debían adoptarse por unanimidad. En realidad, la *Propuesta de Acción Común relativa a la solidaridad de 1998* no preveía mayor margen de maniobra que aquel que previamente habían consensuado los Estados en el Tratado. La voluntad soberana en torno a la solidaridad financiera no daba más de sí en este momento histórico.

46. Desde 1997, la Comisión financió las llamadas “acciones piloto” que consistían en proyectos específicos, de carácter experimental, para la acogida y la repatriación voluntaria de las personas necesitadas de protección en los Estados miembros. Habitualmente tenían una duración de un año y un presupuesto limitado (que partía del general de las Comunidades europeas), así como un complejo procedimiento de adopción de decisiones, en el cual, la Comisión actuaba a modo de administrador.

En 1997 se aprueban: la *Acción Común 97/477/JAI, de 22 de julio de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea con vistas a la financiación de proyectos específicos en favor de personas desplazadas que hayan encontrado protección*

anteriores ofreciendo un dispositivo con mayor prospectiva⁷⁷-, se convirtieron en la expresión más acabada del deseo de solidaridad hasta la creación del *Fondo Europeo para Refugiados*.

En respuesta al artículo 63.2.b) del TCE y ante el convencimiento de que las cargas que supone la acogida de los desplazados evidencian la precariedad de las ayudas existentes, así como la necesidad de una mejor distribución de las mismas, se configura el FER, un instrumento de cofinanciación destinado 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 acogida⁷⁸.

Se convierte, pues, en el primer pilar de la construcción del "sistema europeo común de asilo" preconizado por Amsterdam. *A priori*, se consigue un

temporal en los Estados miembros y de los solicitantes de asilo (DOCE nº L, 205, de 31/07/1997, pp. 03-04), y la Acción Común 97/478/JAI, de 22 de julio de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea con vistas a la financiación de proyectos específicos en favor de solicitantes de asilo y refugiados (DOCE nº L, 205, de 31/07/1997, pp. 05-06).

Los dos correspondientes a 1998 son : la Acción común 98/304/JAI, de 28 de abril de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la unión Europea con vistas a la financiación de proyectos específicos en favor de las personas desplazadas que hayan encontrado protección temporal en los Estados miembros y los solicitantes de asilo (DOCE nº L, 138, de 09/05/1998, pp. 06-07), y la Acción Común 98/305/JAI, de 28 de abril de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la unión Europea con vistas a la financiación de proyectos específicos en favor de solicitantes de asilo y refugiados (DOCE nº L, 138, 09/05/1998, pp. 08-09)

Los dos primeros de cada año tienen como objetivo mejorar las condiciones de admisión y los otros se dirigen a facilitar la repatriación (prestaciones educativas para las personas afectadas menores de 18 años; formación profesional; información sobre las estructuras económicas y administrativa de los países de origen, con el fin fundamental de facilitar la reintegración en dichos países; proyectos desarrollados en el marco de hermanamiento de municipios; o ayudas al transporte).

47. Como reacción a los acontecimientos ocurridos en Kosovo, se adopta la *Acción Común 1999/290/JAI, de 26 de abril de 1999, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establecen proyectos y medidas de ayuda para la acogida y repatriación voluntaria de refugiados, personas desplazadas y que buscan asilo, incluida ayuda de emergencia a las personas que han huido como consecuencia de los acontecimientos ocurridos en Kosovo (DOCE nº L, 144, de 01.05.1999, pp. 02-05)*. Nótese que el Tratado de Amsterdam entra en vigor el 1 de mayo de 1999, lo que puede darnos cuenta del por qué de los avances paradigmáticos de este instrumento frente a los anteriores.

Por primera vez, tanto las medidas relativas a la acogida como las dedicadas a la repatriación voluntaria o las de emergencia se regulan en un único instrumento cuya financiación no está acotada temporalmente. Así como los beneficiarios o los programas de asistencia se regulan al detalle, el procedimiento de toma de decisiones se agiliza a través de la creación de un Comité compuesto por un representante de cada Estado miembro y presidido por la Comisión.

Estas importantes diferencias con los instrumentos jurídicos anteriores nos acercan, en cambio, a la regulación actual del Fondo Europeo de Refugiados que veremos sigue la pauta marcada por estas disposiciones.

48. *Cfr.* Considerandos 3 y 6 y artículo 1 (creación y objetivo del Fondo Europeo para Refugiados) de la *Decisión FER*.

consenso sobre la forma de financiación del mismo, para proceder, *a posteriori*, a la adopción del resto de normas jurídicas que conformarán dicha armonización. De nuevo, la manifestación del acuerdo sobre la colaboración económica parece más asequible⁴⁹ que la consecución del consenso sobre el propio contenido del sistema que aún se halla en construcción.

En cualquier caso y por lo que aquí importa, su ámbito de aplicación así de amplio no es óbice para que constituya la expresión del *fiscal burden sharing* del sistema de Protección Temporal, más bien al contrario. El artículo 24 de la Directiva es el encargado de establecer los puentes oportunos entre ambos:

“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”

El Consejo Europeo reunido en Tampere en 1999 había reparado en la necesidad de constituir una reserva financiera para aplicar medidas de emergencia relacionadas con la Protección Temporal en caso de afluencia masiva de refugiados. Pues bien, con esta fórmula de reenvío a la Decisión del Consejo de 28 de septiembre de 2000 resuelve la norma conformadora de la Protección Temporal en Europa el problema de la financiación de las medidas propuestas en su dispositivo.

Renuncia, por tanto, a crear un mecanismo complementario y autónomo que entre en funcionamiento al mismo tiempo que el sistema de Protección Temporal; abandona la posibilidad de describir criterios afines a un mecanismo de estas características, en la convicción de que sólo llevaría a “repeticiones inútiles” ante la existencia de un Fondo que consiste en la fórmula más clara, transparente y previsible⁵⁰.

A. GRUPOS DESTINATARIOS: REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS EN SENTIDO AMPLIO.

Como acaba de anunciarse, el ámbito de aplicación del Fondo es tan amplio como el sistema europeo común de asilo al que pretende asistir. En consecuencia, está destinado a financiar medidas para colectivos más extensos que los que conciernen al sistema de Protección Temporal.

En función del artículo 3 de la *Decisión del Fondo*, entre los grupos destinatarios de las acciones financiadas es posible encontrar tanto a solicitantes de

49. También implicaba a más Estados miembros, pues, a diferencia del dispositivo de Protección Temporal, en este caso, sólo Dinamarca quiso desvincularse del Fondo. *Vid.* Considerandos 22 y 23 de la *Decisión del FER*.

50. *Cfr. Propuesta de Directiva de 2000*. Exposición de Motivos. para. 6.1 y 6.2. El artículo 24 tiene idéntico tenor que el actual. La diferencia consiste en que la *Propuesta de Directiva de 2000* hacía referencia a la propuesta de decisión para crear un Fondo Europeo de Refugiados de 14 de diciembre de 1999 (COM (1999) 686, 14 de diciembre de 1999).

asilo o refugiados reconocidos; como solicitantes de otro tipo de protección nacional o aquéllos que ya la disfrutaban; y, por último, solicitantes de un régimen de protección temporal en un Estado miembro o aquéllos que ya lo disfrutaban⁵¹.

Nótese que se hace referencia a la protección temporal que pudiera proporcionar un Estado miembro, en la que debemos incluir tanto la activada por el Consejo –y que pondría en marcha el dispositivo ideado por la Directiva–, como aquellos sistemas de protección temporal que mantienen los Estados de forma independiente. En cualquier caso, el enunciado es suficientemente amplio para incluirlo, salvedad hecha del artículo 24 de la Directiva que enlaza definitivamente ambos instrumentos.

Las situaciones cubiertas económicamente por el Fondo superan, pues, las necesidades perentorias creadas en función de los flujos masivos, para extenderse en el tiempo y, así, no sólo se pretende conseguir equilibrar las responsabilidades de los países respecto a la protección de personas desplazadas, sino también, servir de incentivo para mejorar, en lo posible, los sistemas de acogida y permanencia de estos individuos en el hogar comunitario.

Si bien esto es cierto, la existencia de un único medio de financiación pudiera parecer insuficiente en caso de afluencia masiva, situación que depende de cada caso concreto y, por tanto, no puede llegar a preverse en su totalidad con carácter previo. Para atender a ambas necesidades, –las permanentes y las imprevistas–, la *Decisión del FER* dispone de distintas medidas subvencionables. Veámoslas en el siguiente apartado.

B. OBJETO DE LA FINANCIACIÓN: LAS MEDIDAS SUBVENCIONABLES.

El Fondo se destina a la cofinanciación comunitaria de dos tipos de acciones: medidas que podríamos calificar de generales (artículo 4) y medidas de emergencia (artículo 6).

Las primeras se refieren a las acciones de los Estados miembros relativas a las condiciones de acogida; la integración de personas cuya permanencia en el Estado miembro tenga carácter duradero o estable; así como la repatriación voluntaria en la medida en que los interesados no hayan adquirido una nueva

51. Artículo 3: "A efectos de la presente Decisión, los grupos destinatarios se componen de las categorías siguientes: 1. los nacionales de un tercer país o apátridas que disfruten del estatuto definido por la Convención de Ginebra relativa al estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, y a quienes se permite residir en calidad de refugiados en uno de los Estados miembros; 2. los nacionales de un tercer país o apátridas que disfruten de una protección internacional concedida por un Estado miembro de acuerdo con su legislación o su práctica nacional; 3. los nacionales de un tercer país o apátridas que soliciten una de las protecciones mencionadas en los puntos 1 y 2; 4. los nacionales de un tercer país o apátridas que disfruten de un régimen de protección temporal en un Estado miembro; 5. las personas cuyo derecho a una protección temporal esté siendo analizado en un Estado miembro".

nacionalidad ni salida del territorio del Estado miembro (artículo 4.1 de la *Decisión del FER*⁵²).

En segundo lugar y siguiendo un procedimiento alternativo, también serán objeto de financiación las llamadas “medidas de emergencia” previstas para los casos de afluencia súbita y masiva de refugiados o personas desplazadas o en caso de ser necesaria su evacuación de un tercer país (acogida y alojamiento; suministro de medios de subsistencia, incluidas comida y ropa; asistencia médica, psicológica u otras; gastos de personal y administración ocasionados por la acogida de estas personas y la aplicación de las medidas; así como gastos logísticos o de transporte)⁵³.

En cada caso, con un procedimiento, criterios y plazos distintos.

Por lo que aquí respecta, nos interesan ambos tipos de medidas, pues si bien los Estados podrán beneficiarse de la dotación correspondiente a aquellas de emergencia, nada más producirse el desplazamiento en masa; tras el transcurso de los seis meses para los que están previstas las mismas (artículo 22.2 de la Decisión), y teniendo en cuenta que según la Directiva de Protección Temporal la duración mínima puede ser de un año, es lógico que puedan

52. Los apartados 2, 3 y 4 del artículo 4 de la Decisión describen más pormenorizadamente (aunque no como lo hiciera en su día la *Acción Común de 26 de abril de 1999*), en qué pueden consistir estas acciones:

“2. Por lo que se refiere a la acogida y al acceso al asilo, la acción podrá estar relacionada, en particular, con infraestructuras o servicios para el alojamiento, suministro de ayuda material, asistencia médica, asistencia social o asistencia en las gestiones administrativas y judiciales, entre ellas las de asistencia jurídica. Se tendrán también en cuenta las necesidades especiales de las personas más vulnerables. 3. Por lo que se refiere a la integración en la sociedad del Estado miembro de residencia de las personas a que se hace referencia en la letra b) del apartado 1, así como de su familia, podrá tratarse en particular, de acciones de asistencia social en ámbitos de alojamiento, medios de subsistencia y asistencia médica o de acciones que permitan a los beneficiarios adaptarse a la sociedad del Estado miembro, o destinadas a dar autonomía a las personas. 4. Por lo que se refiere a la repatriación, las acciones podrán referirse, en particular, a la información y servicios de asesoramiento relativos a los programas de regreso voluntario y a la situación en el país de origen o a acciones de formación general o profesional o también a acciones de formación profesional y de ayuda a la reinserción”.

Recuérdese que la *Acción Común de 26 de abril de 1999*, relativa a Kosovo incluía expresamente los gastos de transporte ocasionados por la repatriación. Aunque aquí no se mencionen expresamente, interpretamos que se trata de de una lista abierta más que de *numerus clausus*, por lo que cualquier otra acción que tuviera como objeto la acogida, integración o repatriación no tiene por qué ser descartada a priori.

53. Artículo 6.2. de la *Decisión del FER*.

En principio no distingue entre los beneficiarios acogidos debido a razones imperiosas de llegada al territorio o por decisión unilateral de evacuación. Esto quiere decir que se puede asistir económicamente tanto a los Estados que se ven desbordados a causa de un desplazamiento masivo o a aquellos que deciden unilateralmente evacuar a una población en peligro. No obstante, en ambos casos, las medidas de emergencia habrán de pasar por el Consejo que ha de pronunciarse por mayoría cualificada sobre la necesidad de las mismas a iniciativa de la Comisión (procedimiento de activación de la Directiva de Protección Temporal, artículo 5 de la misma). De otra forma, sólo podrán utilizar los fondos generales.

hacer acopio también de aquellos fondos generales para la misma población. Tanto los destinados a condiciones de acogida –una vez se hayan consumido los dedicados a cubrir los gastos más inmediatos de la afluencia masiva–, como los relativos a la repatriación voluntaria de desplazados –habida cuenta de que el sistema de Protección Temporal está enfocado a la misma.

No se han de olvidar las acciones transnacionales que también pueden ser financiadas con cargo al Fondo y que suponen toda una novedad regulada en el artículo 5. A iniciativa de la Comisión, se financiará hasta un 5% de los recursos disponibles para “acciones innovadoras o de interés comunitario” (estudios, intercambios de experiencia y medidas destinadas a promover la cooperación a nivel comunitario) que pueden presentar dos o más Estados con vistas a la cooperación conjunta en la materia.

C. PROCEDIMIENTO DE ACTIVACIÓN. EL FER COMO DISPOSITIVO DESCENTRALIZADO DE COFINANCIACIÓN.

Por lo que respecta a las medidas generales, el sistema se pone en marcha a través de la solicitud formulada por cada Estado miembro en función de su situación y las necesidades observadas⁵⁴.

La Comisión, tras un examen de las solicitudes –que previamente han sido seleccionadas por los Estados miembros, por lo que pasan una doble criba⁵⁵–, adopta las decisiones de cofinanciación cuya gestión corre a cargo de cada Estado.

54. Según el artículo 8, los Estados miembros remitirán anualmente a la Comisión –según el calendario previsto en el artículo 11 (a más tardar el 1 de octubre de cada año)–, una solicitud de cofinanciación de su programa de aplicación correspondiente al año de que se trate, describiendo:

- la situación en el Estado miembro y las necesidades que justifiquen la ejecución de las medidas que pueden optar a la ayuda del Fondo;
- las acciones que se propone ejecutar el Estado miembro o la organización correspondiente (en función del artículo 7 son los Estados los responsables de aplicar la acción objeto de la ayuda del Fondo, no obstante, para ello podrán designar una “autoridad responsable” que puede ser una administración pública o delegar las responsabilidades en una organización no gubernamental).
- el dispositivo creado para garantizar la coordinación y coherencia entre las medidas; la selección de los proyectos asegurando la transparencia en el proceso; la gestión, el seguimiento, el control y la evaluación de los proyectos.

55. Los proyectos, que no deben tener fines de lucro, son presentados a un concurso público de propuestas que la autoridad responsable ha de evaluar conforme a los criterios regulados en el artículo 9.3:

1. situación y necesidades en el Estado miembro;
2. relación coste-eficacia de los gastos, habida cuenta del número de personas afectadas por el proyecto;
3. experiencia, competencia, fiabilidad y contribución financiera de la organización solicitante y cualquiera otra asociada (pueden presentar proyectos las administraciones públicas, centros de enseñanza, o investigación, organizaciones gubernamentales, organizaciones internacionales u organizaciones no gubernamentales, individualmente o en asociación);

Realmente, la ejecución está totalmente descentralizada e incluso la persecución y corrección de las irregularidades corre a cargo del Estado. Ello no es óbice para que la Comisión desarrolle plenamente sus responsabilidades respecto a la ejecución del presupuesto de la UE, por lo que se prevé un seguimiento de la actuación estatal por parte de la alta institución comunitaria. De esta forma, el Estado es responsable del seguimiento y control de las acciones y la Comisión de que el Estado cumpla debidamente con esta misión; doble control, pues, para la máxima eficacia de los Fondos.

El procedimiento de activación diverge en lo referente a las “medidas de emergencia” debido a la intervención del Consejo. Será este máximo órgano el encargado de decidir sobre la conveniencia de financiar a través del Fondo los gastos ocasionados por los casos de afluencia a gran escala. En función del artículo 6, tras la entrada en vigor de la Directiva sobre Protección Temporal, la decisión del mismo se adoptará en las condiciones que establezca la citada norma⁵⁶. Así las cosas, es de suponer que seguirá el procedimiento y las mayorías exigidas en la misma (iniciativa de la Comisión, mayoría cualificada, según dispone la activación del dispositivo de Protección Temporal el artículo 5 de la Directiva de Protección Temporal).

La posible celeridad que se busca a través de la intervención del Consejo se ve contrarrestada con un procedimiento que no se separa tanto del general.

Según el artículo 22, relativo a las disposiciones especiales en caso de medidas de emergencia, los Estados deben presentar un informe de las necesidades y un plan de ejecución, con una descripción de las acciones previstas y de los organismos encargados de su ejecución (los criterios de selección son los mismos que para el resto de acciones en aplicación del artículo 9 y también se procede al férreo control de los artículos 18 a 21). Los recursos se repartirán entre los países en función del número de personas que han entrado en cada Estado miembro en una de las llegadas masivas. Así las cosas, ante una crisis provocada por una afluencia a gran escala, la financiación dependerá no sólo del número de desplazados y de la calidad de los proyectos presentados sino también de la dotación del Fondo para ese año, lo que puede resultar

4. complementariedad entre los proyectos y otras acciones financiada por el presupuesto de la Unión Europea o en los programas nacionales.

La segunda criba viene de la mano de la Comisión, la cual, tras examinar las solicitudes de financiación aprobará la decisión indicando el importe asignado al Estado miembro (artículo 15).

56. El artículo 6 dispone, en principio, que la decisión sea adoptada por unanimidad a propuesta de la Comisión. No obstante, resulta un procedimiento eventual hasta la entrada en vigor de la Directiva de Protección Temporal, pues, recuérdese que la Decisión sobre el Fondo es anterior en el tiempo a la misma. Así, ante la posibilidad de iniciar medidas de emergencia en ese intervalo de tiempo, la Decisión dispone de ese procedimiento, el cual ha expirado desde que la Directiva de Protección Temporal dispone de mayorías distintas en su regulación.

insuficiente en crisis de emergencia de caracteres tan imprevisibles⁵⁷.

No se prevé una partida específica para las medidas de emergencia, con lo que ello pudiera conllevar de falta de eficacia práctica del dispositivo –algo que no han pasado por alto otros órganos comunitarios⁵⁸.

Resulta, en definitiva, un Fondo de ambiciones modestas y más aún teniendo en cuenta las insuficiencias en lo referente a las medidas de urgencia por desplazamientos masivos. En cualquier caso, es el único instrumento de tales características en el mundo y ello, pues, ya le hace merecedor de una especial mención expresa de su valía.

57. Efectivamente, el Fondo introduce una planificación plurianual que caduca a los cuatro años (funciona desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2004, si bien ya existe una Decisión para renovar el Fondo 2005-2010 COM (2004) 161, de 12/02/04) y con una dotación de 216 millones de euros (arts. 1 y 2). Se reparte una cantidad fija, cada año, para cada Estado miembro (comienza con 500.000 euros el año 2000, disminuyendo 100.000 euros cada año hasta el 2004) y el resto de forma proporcional.

En el reparto proporcional se tendrá en cuenta, según el artículo 10:

–el número de las personas que hubieran solicitado el estatuto de refugiados o protección internacional equivalente según la legislación o la práctica interna de un Estado miembro y las personas que disfrutaran de protección temporal o se les estuviese estudiando el caso durante los 3 años anteriores, en el 65% de su volumen.

–el número de personas admitidas como refugiados según la Convención Ginebra de 1951 o protección nacional durante los 3 años anteriores, en 35 % de su volumen.

La ayuda financiera procedente del Fondo no superará un 50% del coste total de cada medida, salvo para aquellos países que dependan del Fondo de cohesión a los que se sube un 75% (art. 13).

Se pagará un anticipo del 50% del importe asignado al Estado miembro para el año en cuestión y el 30% cuando éste declare haber gastado efectivamente la mitad del primer anticipo. El saldo se pagará en un plazo que no excederá de tres meses después de la aprobación de las cuentas financieras presentadas por el Estado y del informe anual sobre la ejecución del programa (artículo 17).

58. La ayuda financiada a cargo del Fondo para las medidas de emergencia estarán limitadas a una duración de seis meses y no podrá superar un 80% del coste de cada medida (artículo 22.2).

Las deficiencias en este sentido fueron puestas de manifiesto por el Comité de las Regiones, proponiendo o bien crear una reserva financiera comunitaria para casos de afluencia masiva o que la decisión del Consejo de activación del dispositivo de Protección Temporal fuera acompañada de una propuesta para aumentar la dotación del fondo:

“19.1. El Comité de las Regiones acoge favorablemente la propuesta de financiación solidaria de las medidas previstas en la Directiva a través del Fondo Europeo para los Refugiados. No obstante, el CDR recomienda que, o bien se constituya una reserva financiera comunitaria para el caso de afluencia masiva, o bien se prevea un aumento de las dotaciones del Fondo Europeo para los Refugiados, de manera simultánea a la decisión sobre la declaración de afluencia masiva. 19.2. El CDR considera que la actual dotación financiera del Fondo Europeo para los Refugiados no sería en absoluto suficiente para cubrir la creciente necesidad de la financiación para la concesión de protección temporal por parte de los Estados miembros. Aun cuando las normas de cofinanciación fuesen aplicables en este ámbito, el Fondo sólo podría constituir un instrumento eficaz de financiación solidaria si la decisión del Consejo relativa a la declaración de afluencia masiva descrita en el artículo 5 estuviese acompañada de una propuesta para aumentar considerablemente a corto plazo la dotación del Fondo Europeo para los Refugiados”.

COMITÉ DE LAS REGIONES. *Dictamen de 13 de junio de 2001 sobre la Propuesta de Directiva*, *op. cit.*, p. 6.

3. EL REPARTO DE RESPONSABILIDADES DE CARÁCTER FÍSICO.

Si algo había quedado patente a lo largo de la sistematización histórica de los modelos de protección temporal era la necesidad de establecer una concreta “solidaridad internacional” que coadyuvara a sobrellevar las consecuencias de tales desplazamientos.

Sin embargo, el consenso generalizado sobre esta necesidad se volvía enfrentamiento y discrepancia a la hora de disponer unos concretos mecanismos de reparto de responsabilidades, especialmente en lo que respecta a la distribución entre países de las personas desplazadas. El reparto de la carga de carácter físico fue, en realidad, el objeto de las discusiones en torno al concepto de solidaridad que pretendían poner en marcha los Estados miembros y que, a causa de las divergencias, impidió durante tantos años la aplicación de un dispositivo de protección temporal común.

Aunque desde prácticamente las primeras disposiciones en torno a la acogida temporal, el principio de *burden sharing* se concreta en sus dos manifestaciones –la financiera y la relativa al reparto de personas–, el problema radicaba en la distinta consideración que se hacía de cada una de ellas. Mientras la asistencia económica se entendía como la principal expresión del reparto de responsabilidades, la posibilidad de proceder a una distribución de los exiliados sólo se consideraba de forma excepcional. El enfrentamiento encabezado por Alemania (el país más abrumado por la afluencia masiva) no terminaba de lograr mayores compromisos en este terreno.

Así, mientras en la *Resolución de 1995* se convenía en que el reparto de las personas era “prioritario” (apartado número 5), a partir de la *Propuesta de Acción Común de 1997*, se consideraba “subsidiario de la asistencia financiera”, sólo aplicable, en tanto en cuanto el primero fuera insuficiente⁵⁹. Esa subsidiariedad se confirma en la *Propuesta de Acción Común relativa a la solidaridad de 1998*, en cuyos considerandos números 4, 5 y 6 se puede leer lo siguiente:

“Considerando que el principio de solidaridad debe traducirse en medidas concretas, cuyo objetivo sea ayudar a los Estados miembros especialmente afectados por la admisión de beneficiarios de la protección temporal;

Considerando que esta solidaridad debe, *a título principal*, traducirse en una ayuda financiera que sirva tanto para contribuir a medidas de emergencia como para favorecer proyectos de acogida; que, a este respecto, debe preverse un esfuerzo particular en cuanto al alojamiento y la asistencia social;

Considerando que, *a título subsidiario*, un reparto equilibrado de las cargas puede asimismo llevar a una distribución de los beneficiarios de la protección entre los

⁵⁹. *Propuesta de Acción Común de 1997*, Exposición de Motivos. comentario de la Comisión al artículo 5, para. 21, p. 8.

Estados miembros; que, no obstante, dicho reparto sólo puede afectar a las personas antes, o en el momento, de su llegada a un Estado miembro;⁶⁰

La distinción resultaba tan tajante que, en el dispositivo de la norma, el artículo 3 se refiere a la ayuda financiera que se considera, de nuevo, “a título principal” y el artículo 4 se titula “otras formas de ayuda”, subrayando el carácter secundario de la distribución de los desplazados como forma de solidaridad. La medida se estimaba únicamente para supuestos de crisis de especial gravedad o en los casos en que un Estado resultara especialmente afectado. En estas condiciones, no parecía contemplar este enfoque de la solidaridad como un medio común sino de carácter extraordinario.

A partir de 1999 las discusiones en el Consejo parecen indicar que la cualidad de la excepcionalidad, en el reparto de responsabilidades de carácter físico, debía ser menor y pasar a ser considerada como una fórmula más para el logro de un sistema mucho más eficaz, coherente y solidario. Sin embargo, las discrepancias continúan, pues las condiciones en que se debía institucionalizar este reparto no quedaban del todo claras. La problemática se puede resumir en las siguientes cuestiones (que, a su vez, serán los apartados que se tomarán en consideración en los siguientes epígrafes del Capítulo):

–la distribución de personas entre los Estados miembros ¿ha de ser fruto de una decisión comunitaria imperativa o se ha de contar con la voluntad de los Estados e incluso de las personas desplazadas a tal efecto?

–si existe voluntad para el reparto, ¿qué criterios son los adecuados para proceder a la distribución?, y

–en función de esos criterios, ¿sería posible establecer una cuota fija de acogida para cada Estado incluso con carácter previo al conflicto?, es decir, ¿sería posible crear un sistema predeterminado o la cuota ha de decidirse *ad hoc*?

Las vivas desavenencias en torno a la primera de las cuestiones dejan sin respuesta jurídica a las demás⁶¹.

La Directiva vigente establece en su artículo 25.1 que los Estados acogerán con espíritu de solidaridad comunitaria a las personas que puedan optar

60. *Propuesta de Acción Común relativa a la solidaridad de 1996*, Considerandos número 4, 5 y 6. La cursiva es de la autora.

61. Las posturas enfrentadas en torno a la distribución de personas desplazadas no es un atributo exclusivo de los Estados sino que, las importantes dificultades de orden jurídico que manifiesta, han trasladado la discusión también a la doctrina o las instituciones relacionadas con los casos de desplazamiento masivo. La articulación final de la norma de Derecho derivado resulta de un delicado equilibrio entre todas estas perspectivas.

Como ejemplo véanse: a favor: NOLL, G. *Negotiating Asylum. The EU Acquis. Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, *op. cit.*, pp. 263-351. En contra: van SELM, J. ‘Temporarily Protecting Displaced Persons or Offering the Possibility to Start a New life in the European Union’, *op. cit.*, p. 28. La autora se muestra más partidaria de una manifestación de la solidaridad a través de la asistencia financiera que con una distribución de personas entre Estados.

al régimen de protección temporal. Esta manifestación diáfana sobre la obligación que asiste a los Estados en este terreno se enturbia, luego, con disposiciones que vienen a demostrar que la normativa resulta de un difícil equilibrio entre posturas encontradas.

De este modo, al mismo tiempo que se determina la obligación de acogida solidaria se hace depender la misma de la voluntad manifiesta de los Estados y de las personas desplazadas. Los criterios de reparto que obtuvieron cierta atención en distintas fases de la evolución normativa son obviados finalmente. Por último y como muestra de la ausencia tajante de voluntad al respecto —ya que ni siquiera fue objeto de mayor debate entre los Estados—, la Directiva opta por un sistema de determinación *ad hoc*, el consenso comunitario no logra establecer un sistema de reparto *a priori*, previsible y de rápida puesta en marcha. Las dificultades jurídicas y discrepancias políticas son evidentes en este terreno.

Se trata de un área no comunitarizada, en definitiva, que nos deja muchas preguntas por resolver y que hace depender la viabilidad de este dispositivo, aún más si cabe, de las circunstancias concretas del caso.

A. EL PRINCIPIO DE DOBLE VOLUNTARIEDAD.

Dadas las características del dispositivo que se estudia, habiéndose procedido a la comunitarización de la activación del régimen a través de una decisión del Consejo por mayoría cualificada, pudiera parecer que esa misma decisión es la que debiera concretar una específica distribución de los beneficiarios entre los Estados miembros. Sin embargo, no se trata de una decisión que dependa exclusivamente del logro de la suficiente anuencia en el Consejo, sino que previamente, ha de contar con dos requisitos ineludibles: “el consentimiento de los Estados” y “la voluntad expresa de los desplazados de ser distribuidos en diferentes países”.

Se comprueba, pues, que no se procede a comunitarizar esta materia que sigue quedando en el ámbito de la voluntad soberana de cada Estado. Se comunitariza, nótese bien, la decisión de activación del dispositivo que lleva aparejada la obligatoria solidaridad comunitaria, pero no se consigue el mismo efecto respecto del proceso de reparto, que sigue quedando a expensas su determinación por parte de los Estados.

No obstante, sí existe un importante avance. A diferencia de lo que pudiera ocurrir anteriormente debido a la falta de coordinación y de mecanismos eficaces para afrontar éxodos masivos, a través de esta Directiva si se iniciara el procedimiento mediante la propuesta de la Comisión, los Estados estarían obligados a manifestar su disponibilidad sobre la distribución de las responsabilidades entre todos —extremo éste que ha de quedar contemplado en la decisión del Consejo—. En consecuencia, si bien es cierto que son los Estados los que siguen decidiendo *si comparten* y *cuánto comparten*, una vez incoa-

do el dispositivo de Protección Temporal, adquieren, sin embargo, una obligación *respecto al estudio del tema y sobre la necesidad de un pronunciamiento expreso y motivado*⁶².

El principio de doble voluntariedad suscita varios interrogantes de suma importancia. En primer lugar, la posibilidad de que exista una manifestación en contra de la acogida por parte de algunos Estados, lo que pudiera suponer no sólo una falla en la búsqueda de la necesaria equidad en la distribución, sino, también, una vía para la inaplicación de la Directiva si ésta no contara con los apoyos suficientes en este extremo. Si no se va a proceder a un reparto entre diferentes Estados con objeto de aliviar las cargas de aquellos más abrumados por los exilios en masa, la activación de un dispositivo europeo carecería de sentido. Se iniciarían, pues, los dispositivos nacionales de acogida que además dispondrían de la ayuda del FER, ya que, en cualquier caso, no se podría poner en peligro a estas poblaciones prohibiendo su entrada en los territorios. Los desacuerdos en torno al principio de solidaridad no debieran vulnerar el principio más básico del *non refoulement*.

También resulta de interés analizar si la voluntad del desplazado puede llegar a ser tan determinante en el procedimiento. No sólo en términos teóri-

62. Según D^a Sara Carrascosa, fueron Francia y España los países que clamaron –expresión textual–, por el “principio de doble voluntariedad”, esto es, por tener en cuenta el beneplácito tanto del Estado miembro de acoger a los desplazados que considere oportunos, como el de los individuos que han de aceptar ser acogidos en esos territorios. Alemania, junto con otros países nórdicos, pretendía un compromiso *a priori*, una decisión de reparto expresa aunque se determinara *ex post facto* las peculiaridades de tal distribución. Sin embargo, no existía el necesario consenso sobre tal decisión que, por otra parte, parecía pudiera vulnerar el derecho de las personas desplazadas a elegir su país de destino. Se tomaría en consideración la protección territorial de los beneficiarios en términos de solidaridad pero en función de las disponibilidades de acogida del Estado y la anuencia expresa del desplazado. Ese, pues, ha sido el equilibrio alcanzado por la norma de Derecho derivado.

CARRASCOSA FERRANDIS, S. «Flujo masivo de desplazados: comentarios a la primera Directiva europea», *op. cit.*, p.320.

A favor de una distribución de desplazados con este requisito previo: *Vid.* ECRE. *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission's Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing* (enero 2001), comentario al artículo 26: «We therefore welcome the Commission's emphasis on a “double voluntary action” in situation of physical transfer of refugees between Member States».

International Law Association se muestra conforme con la utilización de este mecanismo a nivel regional. Incluyen a tal efecto un apartado en la *Draft Guidelines on Temporary Protection, aneja al Final Report on Temporary Protection* fruto de los debates en el seno de la Conferencia celebrada en Delhi en el 2002: “States shall, within the framework of international solidarity and burden-sharing, endeavor to take all necessary measures to assist, at their request, States which have temporarily admitted persons in search of international protection in large-scale influx situations, either by financial contributions or by accepting some of the temporarily admitted persons to their own territory. Within regional organizations such as the European Union, burden-sharing could include institutionalized mechanisms for the distribution of temporarily admitted persons among the member States”. IIA. Committee on Refugee Procedures, *Delhi Conference (2002), Final Report and Draft Guidelines on Temporary Protection*, Sección I, para. 3.

cos, es decir, si ésta voluntad expresa deviene o no de un derecho previamente adquirido, sino también en términos puramente prácticos, pues resulta una incógnita cómo se solventaría una decisión en negativo por parte de las personas o grupo de individuos afectados llegado el caso.

En realidad, se trata de un criterio correctivo del principio de distribución de responsabilidades de carácter físico que pudiera, en sus análisis más extremo, llegar a invalidarlo o vaciarlo de contenido.

En teoría, la finalidad del reparto de personas tenía como objetivo primordial aliviar a los Estados más abrumados por los desplazamientos –al mismo tiempo que se evitaban movimientos secundarios–, sin embargo, estas condiciones de partida, en sus consecuencias más limitadas, pueden llegar a restarle una importante eficacia⁶³. Véase con más detalle.

A. EL CONSENTIMIENTO DE LOS ESTADOS.

El artículo 25.1 de la Directiva dispone:

“Los Estados miembros acogerán con espíritu de solidaridad comunitaria a las personas que puedan 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 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”⁶⁴.

La disposición citada contempla la obligación de los Estados de acoger a los desplazados con espíritu solidario, lo que equivaldría al establecimiento de una posible distribución de los mismos entre ellos. Esta obligación se halla condicionada por el hecho de que los diferentes países han de manifestar sus disponibilidades de acogida, es decir, han de expresar su voluntad de proteger en sus territorios a estas personas y en qué número estarían dispuestos a hacerlo. Por tanto, la decisión del Consejo que activa el sistema de Protección Temporal ha de contar previamente con una manifestación expresa de los Estados en dicho sentido, lo cual, se hará constar en la propia decisión como uno de los apartados de su necesaria motivación (artículo 5.3.c).

63. Así lo ponía de manifiesto el Comité de las Regiones, el cual, llegaba a cuestionar la acogida kosovar debido a la ausencia de estos parámetros. En concreto: “(...) En opinión del Comité, el principio de doble voluntariedad propuesto en la directiva es comparativamente mucho menos eficaz. Ya con motivo de la acogida de los refugiados de Kosovo, ese procedimiento voluntario sólo permitió una ayuda rápida y libre de burocracia de manera limitada. La decisión de los Estados miembros de declararse dispuestos a acoger refugiados dependió entonces no sólo de la capacidad y disponibilidad respectivas, sino también de consideraciones políticas y de corrientes de opinión. Estos imponderables dificultan el objetivo de una protección eficaz”. COMITÉ DE LAS REGIONES. *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva*, p. 6-7, para. 20.

64. La cursiva es de la autora.

El sistema de solidaridad comunitaria resulta un modelo mixto, en la medida en que no se termina de comunitarizar el entero procedimiento, pues el Consejo no *decide cuántos van a dónde*, sino que la hipotética distribución dependerá del momento, de las circunstancias concretas de cada Estado, de la voluntad expresada de acogida, y en función de todo ello, se llevará a cabo el reparto.

La cuestión a dilucidar es: ¿podrían los países miembros llegar a manifestarse en negativo?

Con independencia de que el PE había criticado esta disposición considerando la abstención en la acogida como un incumplimiento del artículo 63.2 del TCE⁶⁵, el examen de la evolución normativa –en concreto, el análisis comparativo de las disposiciones de la *Propuesta de Directiva de 2000* respecto a la finalmente adoptada– nos da la impresión de que a pesar de la posibilidad legal de abstención se pretende que no llegue a plantearse dicho supuesto⁶⁶.

No obstante, el primer inciso del artículo 25.2 de la Directiva utiliza el término “Estados afectados”, lo que nos da cuenta de que, en cualquier caso, la norma contempla la posibilidad de que no se pueda proceder a una distribución equitativa *necesariamente* entre todos los Estados miembros. Ello no tendría que ser consecuencia obligatoria de una falta de disponibilidad de los países sino que resulta lógico considerar que a largo plazo, en una Europa a veinticinco –con regiones aún en economías en transición–, el peso de una eventual acogida de exiliados a gran escala no tuviera que recaer inevitablemente en todos y cada uno de ellos.

Lo realmente relevante de esta cuestión que se intenta analizar 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 indicar el artículo 25.1. En ese 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*.

65. El Parlamento justifica su enmienda al artículo 25.1 en los siguientes términos: “Es excesivo mencionar explícitamente en la presente directiva la posibilidad de que un Estado miembro se abstenga totalmente de acoger a personas desplazadas. Ello iría en contra de la obligación prevista en el apartado 2 del artículo 63 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de fomentar un equilibrio entre los Estados miembros en cuanto a la acogida de personas desplazadas (...)”. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva de 2000*, p. 21.

66. En la redacción del artículo 25 de la *Propuesta de Directiva de 2000* se contemplaba la eventualidad de que los Estados no acogieran a los desplazados en sus territorios. En concreto se estipulaba: “(...) Indicarán bien sus disponibilidades de acogida de manera numérica o general bien las razones que justifiquen su incapacidad de acoger a dichas personas (...)”.

La frase final es omitida en el texto definitivo, lo que no consideramos que equivalga a una imposibilidad legal de la manifestación de voluntad en contrario pero, de entrada, la omisión permite dar cuenta del interés de las instituciones en limitar en lo posible esa probabilidad.

Ahora bien, han de tenerse en cuenta dos datos relevantes para enmarcar adecuadamente esta problemática:

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

–b) que la activación del sistema de Protección Temporal no puede quedar comprometido por esas causas o razones de determinados Estados, en rigor exógenas o extrínsecas al presupuesto mismo que da vida a esta forma de protección o tutela.

Quiérese decir que, por más que el Consejo tenga un notable o amplio margen de maniobra –por voluntad de la norma– acerca de lo que sea 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 una 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 válidamente esgrimirse.

B. EL CONSENTIMIENTO DE LOS DESPLAZADOS.

El artículo 25 en su segundo apartado dispone la necesidad del consentimiento expreso de los desplazados de cara a su distribución entre los Estados miembros. En concreto estipula:

“Los Estados miembros afectados, en cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes, velarán por que los beneficiarios definidos en la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5 que no hayan llegado aún a la Comunidad, *manifiesten de modo expreso su voluntad de ser recibidos en sus territorios*”⁶⁷.

67. La cursiva es de la autora.

A este artículo no hace más enmienda el PE que aquella en relación a la participación de la Comisión junto con las organizaciones internacionales pertinentes y en colaboración con los Estados, para velar por la manifestación del consentimiento de los beneficiarios de la Protección

La intención no es nueva, ya se había manifestado con anterioridad ante la afluencia de kosovares y la necesidad de proceder a evacuaciones fuera de la región de primera acogida. Alentada por el Alto Comisionado, los Estados miembros de la UE, en un *Consejo extraordinario de Justicia y Asuntos de Interior* en Luxemburgo –celebrado el 7 de abril de 1999–, reconocen que, por razones humanitarias y con el fin de evitar una desestabilización de los países de acogida en la región de origen, podría ser necesario conceder protección y asistencia con carácter temporal a los exiliados. Las evacuaciones humanitarias, en cualquier caso, debían *basarse en la voluntad de las personas desplazadas, debiendo aplicarse el principio de unidad familiar*.

Y es que pudiera darse el caso de grupos de individuos que a pesar de hallarse en situación de peligro extremo no deseen abandonar su lugar de procedencia, motivo por el cual se hace imprescindible contar con la anuencia de los desplazados ante el traslado a territorio comunitario. Al igual que se ha de denunciar la deportación forzosa organizada por el Estado de origen de sus propios ciudadanos, no se podría imponer una evacuación de población civil salvo que aquellos afectados manifiesten su necesidad de protección internacional de forma expresa; esa resulta ser la principal intención de la disposición de la Directiva⁶⁸.

Pero no sólo en el caso de evacuaciones programadas, también en el caso de desplazamientos espontáneos puede producirse una disociación entre el lugar de llegada y aquel en el cual se procede a procurar protección –una vez se hubiera llegado a un acuerdo sobre el deseable reparto equitativo entre los Estados miembros de dichos exiliados–, motivo por el que se considera imprescindible contar con la voluntad de aquellos a los que se pretende dar acogida⁶⁹.

Idéntico requisito resulta imperativo en el caso de peticiones adicionales de solidaridad de carácter físico. Efectivamente, la norma dispone en su artículo 26, la posibilidad de que algún Estado miembro en función del carácter masivo de la acogida en su territorio considere oportuno hacer un llamamiento al resto de socios comunitarios con objeto de proceder al traslado de personas ya beneficiarias de protección temporal en su país, para *redistribuirlos* con

Temporal. Vid. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva de 2000*, enmienda 33, p. 21.

68. Así lo confirma la Comisión en su Comentario a los artículos de la *Propuesta de Directiva de 2000*. En concreto sentencia que dicho apartado "(...) pretende evitar los desplazamientos forzados". Comentario al artículo 25.2.

69. No obstante, en términos no jurídicos sino sociológicos, los estudios demuestran que en la mayoría de los casos de desplazamiento masivo el país de llegada no es fruto de una elección meditada en función de sus posibles ventajas e inconvenientes sino que se trata de una cuestión puramente accidental. Vid. BÖCKER, A.; HAVINGA, T. *Asylum Migration to the European Union: Patterns of Origin and Destination*, Institute for the Sociology of Law, Nijmegen, Países Bajos, 1997, pp. 79-80.

carácter posterior a la previa decisión del Consejo que activara el dispositivo. También en este caso, se requiere que las personas afectadas «hayan expresado su consentimiento sobre dicho traslado»⁷⁰.

La primera reflexión que nos suscita esta norma resulta de su origen jurídico, ¿realmente puede considerarse que se trata de una obligación que deviene del Derecho Internacional de los Refugiados?. La doctrina se manifiesta contradictoria en este sentido.

Realizar una distribución entre diferentes Estados de aquellos necesitados de protección podría considerarse jurídicamente posible en la medida en que el derecho de los refugiados a decidir dónde solicitar acogida no es absoluto sino que –en palabras del Profesor Hathaway–, proviene del riesgo de *refoulement* o el abuso de otros derechos que puede producirse si un refugiado fuera compelido a ir a un Estado cuyo estándar fuera más reducido que aquel donde llegó⁷¹. Con razón ECRE prevenía de la necesidad de lograr una adecuada armonización de los dispositivos de acogida temporales con carácter previo a cualquier materialización del principio de *burden-sharing*⁷².

En tanto en cuanto la Directiva de Protección Temporal procura una armonización previa del estatuto ofrecido a los potenciales beneficiarios sería coherente con este razonamiento permitir la distribución de los mismos por cuanto la persona no va a ser expulsada a un país donde sufra amenaza, ni a otro cuyo nivel de protección de derechos difiera de manera que pudiera violar su estatuto jurídico fundamental. Es de presumir –tras la transposición de esta Directiva–, que los estándares de protección son homogéneos en el seno de la Europa comunitaria. El límite a este derecho, de no desarrollarse la norma en términos más concretos, sólo parece residir en las cuotas disponibles en cada Estado.

70. Véase el contenido del artículo 26 en su integridad:

“1. Mientras dure la protección temporal, los Estados miembros cooperarán entre sí en lo relativo al traslado, de un Estado miembro a otro, de la residencia de las personas acogidas a la protección temporal, siempre que éstas hayan expresado su consentimiento sobre dicho traslado. 2. Cada Estado miembro dará a conocer las solicitudes de traslado a los restantes Estados miembros e informará de ello a la Comisión y al ACNUR. Los Estados miembros comunicarán sus disponibilidades de acogida al Estado miembro solicitante. 3. Todo Estado miembro facilitará, a petición de otro Estado miembro, la información indicada en el anexo II sobre los beneficiarios de protección temporal que resulte necesaria para realizar alguna de las diligencias previstas en el presente artículo. 4. Cuando se efectúe el traslado de un Estado miembro a otro, se pondrá fin al permiso de residencia en el Estado miembro del que salgan y a las obligaciones de dicho Estado miembro para con los beneficiarios derivadas de la protección temporal. El nuevo Estado miembro de acogida concederá protección temporal a las personas de que se trate. 5. Para el traslado entre los Estados miembros de beneficiarios de protección temporal, éstos utilizarán el modelo de salvoconducto que figura en el anexo I”.

71. HATHAWAY, J.C. «Making International Refugee Law Relevant Again», *op. cit.*, pp. 145-146.

72. ECRE. *Position of the European Council on Refugees and Exiles on Temporary Protection in the Context of the Need for a Supplementary Refugee Definition* (marzo 1997), p. 536.

En cualquier caso, no deja de producir cierta paradoja el debate suscitado en torno a la necesidad de contar con la voluntad del desplazado como requisito *sine qua non* para proceder a una distribución de los mismos en el marco de la Protección Temporal y, por el contrario, que los Estados no se hayan mostrado tan exquisitos, en el mismo sentido, a la hora de adoptar acuerdos de readmisión de solicitantes de asilo con Estados terceros que no forman parte de la UE, y cuyo nivel de protección en materia de derechos fundamentales pudiera distar con mucho de aquel que es posible disfrutar en nuestras fronteras.

Lo que no explica la Directiva es qué ocurriría si se manifiestan en contra de su ubicación en un Estado que no es de su agrado. Si la voluntad del desplazado puede ser absolutamente determinante podría llegar a conseguir el efecto contrario del que se pretende, éste es, seguirían existiendo Estados que soporten más carga que otros.

B. LA AUSENCIA DE CONCRETOS CRITERIOS DE REPARTO.

Si existe anuencia tanto estatal como por parte de los desplazados sobre la distribución de los mismos entre diversos Estados, la siguiente cuestión que se planteaba residía en los parámetros a utilizar para determinar la responsabilidad que cabe estimar de cada uno de ellos.

En concreto, restarían dos cuestiones por dilucidar:

—Cuáles han de ser los criterios para proceder a un reparto equitativo.

—Y si hubiera consenso sobre ellos, si éstos se han de convertir en una cuota fija de acogida predeterminada.

Bien es cierto que el primero produjo cierto debate materializado en propuestas concretas —en especial provenientes de Alemania—, al hilo de la reflexión suscitada sobre el contenido de los antecedentes normativos de la Directiva⁷³. Sin embargo, la norma vigente opta por obviar el tema y estable-

73. Por dar cuenta de alguna de las diferencias más singulares entre la precisión de los criterios por los que apostaba la propuesta alemana de 8 de septiembre de 1994 y la opción por términos más abstractos de la *Resolución de 1995* y siguientes, véanse los siguientes términos comparativos.

En la propuesta alemana, el criterio de reparto debía basarse en tres conceptos de igual valor: 1. Porcentaje de población del Estado miembro respecto al total de la Unión Europea. 2. Porcentaje de territorio. 3. Producto interior bruto. En función de estos parámetros, cada Estado tendría unas cuotas de acogida que se revisarían cada cinco años. Se trataba de elementos muy favorecedores para Alemania, por lo que fue criticada por pecar de exceso de conveniencia nacional (NOLL, G. «Prisoners' Dilemma in Fortress Europe», *op. cit.*, pp. 417-418).

Por el contrario, *la Resolución de 1995* atendía, en su apartado número 4, a: 1. la contribución que preste cada Estado miembro para la prevención o resolución de la crisis, especialmente mediante el suministro de medios militares en el marco de operaciones y de misiones bajo la égida del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y por las medidas adoptadas por cada Estado para garantizar localmente

cer que sean los Estados los que determinen sus disponibilidades de acogida de manera numérica o general sin atender a parámetros expresos.

Si el Consejo ha de considerar necesariamente las concretas cantidades estipuladas por los Estados, el establecimiento de criterios de reparto resulta innecesario; y si la disponibilidad de acogida se manifiesta con carácter genérico, se adoptará una decisión –al hilo de la activación del dispositivo–, para la distribución respecto a ese desplazamiento concreto.

la protección de las poblaciones amenazadas o para facilitar ayuda humanitaria. 2. el conjunto de factores económicos, sociales y políticos que puedan afectar a la capacidad de acogida, en condiciones satisfactorias, por un Estado miembro de un número creciente de personas desplazadas.

Resulta realmente llamativo el primero de los incisos, pues tal esfuerzo no puede ser invocado para reducir o eliminar las responsabilidades sobre la protección de los desplazados. Tal y como se ha reconocido por parte de algún sector doctrinal, la intervención en el origen del exilio y la protección a través de la acogida que preconiza el DIR resultan responsabilidades paralelas, no alternativas (HATHAWAY, J.C. « Making International Refugee Law Relevant Again », *op. cit.*, vol. 10, 1997, p. 202), con independencia de que, por otro lado, con objeto de establecer una distribución de personas entre los Estados miembros, realmente no sirve de criterio orientador sobre las posibilidades de acogida del país.

En cualquier caso, esta dinámica se mantiene en los instrumentos jurídicos posteriores. Así, la *Decisión del Consejo, de 4 de marzo de 1996, sobre un procedimiento de alerta y urgencia sobre le reparto de cargas en relación con la acogida y estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas*, pretendería completar la *Resolución de 1995* con objeto de conseguir mayor eficacia cuando se produzcan crisis que requieran una acción rápida. Así, se establece un procedimiento para convocar de urgencia al Comité de Coordinación previsto en el antiguo artículo K.4. En el orden del día de su reunión, se prevé que los Estados miembros indiquen el número de personas que pueden acoger –y en qué momento–, siguiendo los criterios que avanzaba la *Resolución de 1995* (apartado número 4). En el apartado 3 (Decisión sobre el reparto) establece que en función de los resultados de los trabajos de la reunión del Comité de coordinación, se elaborará una propuesta que se someterá al Consejo para su aprobación. En atención al título del apartado parece que el contenido de la decisión no sería, en exclusiva, sobre si existe o no una situación que requiere una acción concertada de la Unión Europea para la acogida y la estancia con carácter temporal de personas desplazadas sino también, parece que propondría unas cuota de reparto. En cualquier caso, el procedimiento es el mismo que se ha mantenido hasta nuestros días, se exige una cooperación, una acción concertada de reparto, pero los Estados deciden cuántas personas pueden acoger de forma voluntaria. En función de esas disponibilidades –que el Consejo no tenía, ni aún tiene la capacidad de corregir– se adoptará la decisión de distribución.

Con posterioridad, la Propuesta de Acción Común de 1997, reproduce la necesidad de crear las condiciones necesarias para un reparto equitativo de responsabilidades, sin embargo, no incorpora nuevos criterios sustantivos. Los criterios de la *Resolución de 1995* se mantienen posteriormente, en la *Propuesta de Acción Común relativa a la solidaridad en la acogida y estancia de los beneficiarios de la protección temporal de las personas desplazadas* (en virtud de la Declaración en el Acta del Consejo, para la aplicación de las decisiones contempladas en los artículos 3 y 4 –ayuda financiera y otras formas de ayuda: reparto de los beneficiarios–, se tendrán en cuenta los criterios mencionados en el apartado 4 de la Resolución de la 25 de septiembre de 1995 sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal de personas desplazadas).

Fue desoida, por tanto, la enmienda del PE objeto de que la decisión de Consejo contuviese los criterios que sirvieran de base para un reparto equitativo. Vid. PARLAMENTO EUROPEO. Enmienda 4 del *Informe sobre la Propuesta de Directiva de 2000*, *op. cit.*, p. 7. Es tal la impor-

En definitiva, se ha optado por una evaluación *ad hoc* que configura, de forma definitiva, un sistema de Protección Temporal en el cual la distribución predefinida de desplazados no resulta previsible *ex ante* sino en función de las peculiaridades del desplazamiento –los factores culturales, sociales, de mercado de trabajo, número de personas ya acogidas, etc., condicionarán la decisión⁷⁴–. A mayor abundamiento, si se trata de establecer normas mínimas, por imperativos del Tratado de Amsterdam (artículo 63 TCE) y éstas se establecen además mediante Directiva, es lógico que esta norma difiera los criterios para cada caso. Téngase en cuenta por otra parte que el presupuesto de hecho –la afluencia masiva–, es tan excepcional y extraordinario y las circunstancias concurrentes potencialmente tan heterogéneas y complejas, que podría resultar ilusorio cualquier intento de encerrar la realidad en una fórmula a modo de prontuario –lo que no resulta óbice para reconocer las posibilidades de ineficacia de tal disposición en caso de situación de emergencia⁷⁵.

Al no establecer concretos parámetros de reparto tampoco se ha considerado oportuno adoptar alguna disposición que sirviera de criterio correctivo de la posible distribución de los desplazados. El Parlamento consciente de la necesidad de equilibrar las necesidades de los Estados con las de los acogidos había dispuesto una enmienda del siguiente tenor:

“Toda disposición relativa al reparto de responsabilidades para la distribución de los beneficiarios de la protección temporal deberá respetar las necesidades específicas de protección de las personas afectadas, como, por ejemplo, sus vínculos familiares en un Estado miembro, y los principios básicos de protección, como la reagrupación familiar y las cuestiones humanitarias”⁷⁶.

Sin embargo, la Directiva no sólo renuncia a la adopción de este tipo de cláusulas sino que al hilo de la regulación del derecho a la reagrupación familiar de aquellos dispersos entre diversos Estados miembros, supedita la elección del país de destino, precisamente, a los posibles criterios de reparto de los artículos 25 y 26⁷⁷. Si bien los beneficiarios de la Protección Temporal tienen reconocido tal derecho, *dónde* deba producirse la reagrupación depen-

tancia que el PE ha concedido a la distribución de los desplazados entre los Estados miembros que llega a recomendar una enmienda al artículo 1 en el que se describe el objeto de la Directiva, especificar que: “Básicamente, la protección temporal se concederá de tal manera que las personas desplazadas se repartan entre los Estados miembros teniendo en debidamente en cuenta su capacidad de acogida”.

74. HOFMANN, R. «Das Konzept des Vorübergehenden Schutze (Temporary Protection): Regionale Völkerrecht durch Art. 63 Abs. 1 nr.2 EGV», *op. cit.*, p. 886.

75. KERBER K. «Temporary Protection: An Assessment of the Harmonisation Policies of European Union Member States», *op. cit.*, p. 459.

76. PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la Propuesta de Directiva de 2000*, enmienda 34.

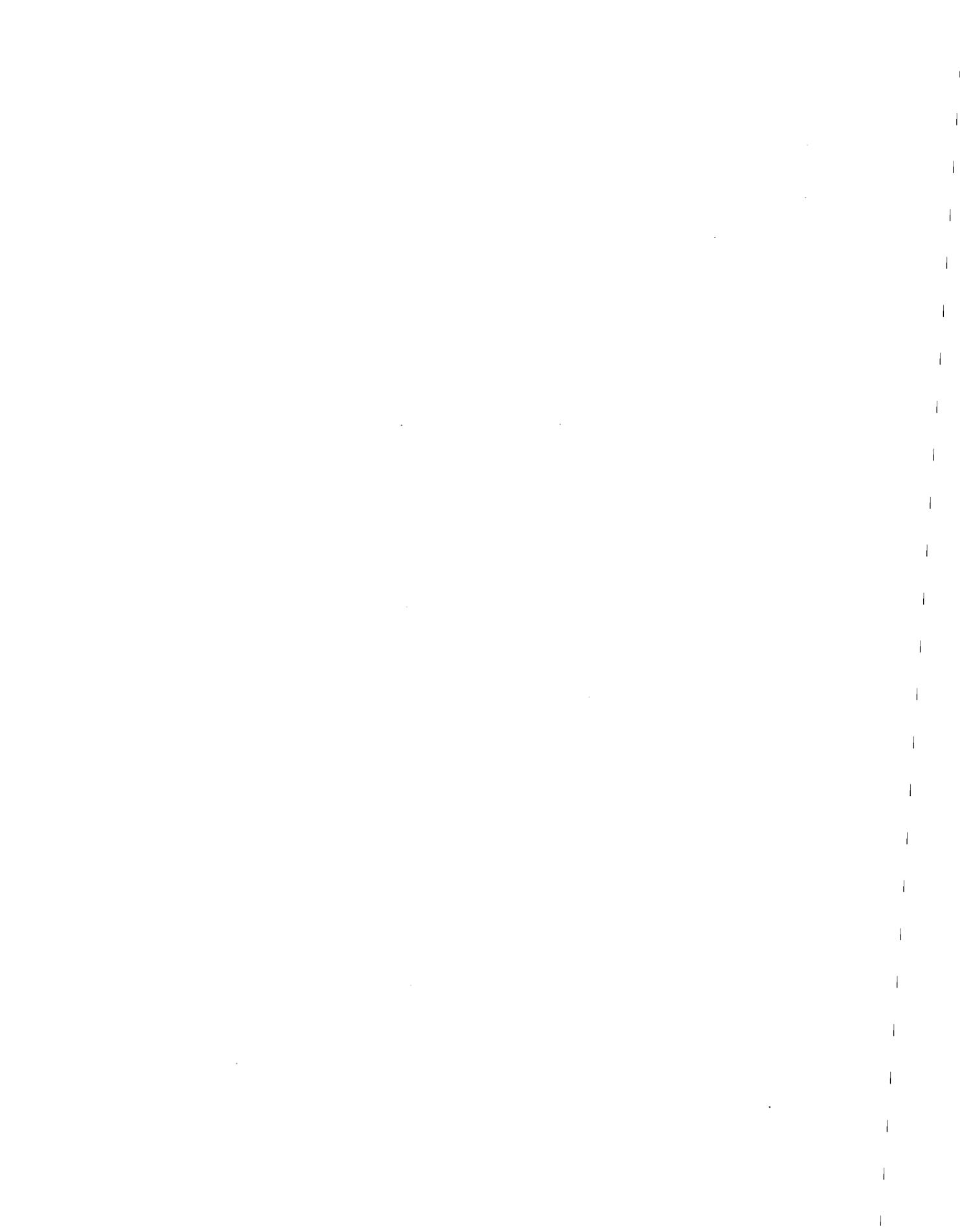
77. Recuérdese el artículo 15.5: «Los Estados miembros de que se trate decidirán, teniendo en cuenta los artículos 25 y 26, en qué Estado miembro deberá producirse la reagrupación».

derá de la decisión de los Estados miembros habida cuenta del reparto previamente establecido.

No se deduce de tal disposición una clara intención de hacer primar las necesidades específicas o humanitarias de los desplazados por encima del logro del deseado equilibrio en el reparto de las cargas. No obstante, ante el silencio de la norma, y en una interpretación de conjunto –siempre más limitada que si se hubiera dispuesto una cláusula global como la propuesta por el Parlamento–, se podría considerar que la norma de Derecho derivado pretende conseguir cierto consenso entre las necesidades de solidaridad y las propias de los acogidos desde el momento en que la voluntad de éstos resulta requisito indispensable para la adopción de cualquier criterio distribuidor.

En conclusión, más que aportar criterios concretos, casi porcentuales por decirlo en modo gráfico, lo relevante es fijar principios teleológicos que guíen e iluminen la actuación en el caso concreto (la dignidad de la persona; las necesidades específicas de protección de las personas desplazadas, en la expresión del Parlamento Europeo; etc.). Y ello con independencia de que, una vez acordado el inicio de la Protección Temporal, puedan establecerse criterios más específicos y concretos.

CONCLUSIONES



I. En los casos de afluencia a gran escala, los Estados no se han manifestado conformes con la asunción de concretas obligaciones internacionales respecto a colectivos de personas desplazadas en circunstancias tan excepcionales. Ello pudiera explicar en gran medida la precariedad normativa en la regulación internacional de las afluencias masivas, en la que se observa una ausencia de instrumentos jurídicos relativos a estos fenómenos y una excesiva dependencia de aproximaciones *ad hoc* y de obligaciones indirectas. He aquí, pues, la importancia cualitativa de la Directiva comunitaria en relación al ámbito internacional.

Ningún tratado ha abordado este problema con carácter general. Más aún, el DIR se ha desarrollado hacia una tendencia individualizadora impropia de las circunstancias que le vieron nacer caracterizada, precisamente, por los grupos de personas exiliadas. Se produce, así, una paradoja inherente a esta parcela del ordenamiento jurídico internacional, en la cual, siendo los desplazamientos a gran escala su mayor desafío, son los refugiados individualmente considerados para los que se conforma un auténtico sistema de asistencia y protección jurídica con carácter objetivo.

A resultas de todo lo anterior, se ha de destacar el carácter extraordinario de la Directiva de Protección Temporal. Por primera vez, una norma abstracta, general y con vocación de permanencia establece la obligación, jurídicamente vinculante, de acogida temporal para un conjunto de Estados en los términos en los que se consagra. La Directiva no está diseñada para un solo supuesto tipo; ni se agota, en fin, con la aplicación al caso. Ninguno de sus precedentes reunía esas notas o características esenciales a un tiempo. La Protección Temporal europea, en definitiva, constituye un sistema jurídico de protección; no una respuesta *de facto*, precaria y *ad casum*. No es un acto de mera tolerancia, sino una actuación positiva, adoptada, formalmente al menos, por propia iniciativa (mayoría cualificada en el Consejo). Finalmente, no es una protección de un Estado en singular, sino una tutela en común de la

Comunidad de Estados que conforman la UE. Es, eso sí, una norma que forma parte de un Derecho comunitario europeo que trasciende la dimensión económico-social con la que nació.

El dispositivo analizado en la medida en la que se centra en la protección territorial confirma, en primer término, *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 a casos de desplazamiento de población a gran escala*. La norma general de Derecho consuetudinario se adentra, así, en el Derecho comunitario y éste último en interacción la perfecciona, al definir la naturaleza y el alcance de la obligación de acogida.

El dictado de esta norma comunitaria, al amparo de las disposiciones del Tratado, genera seguridad jurídica o certidumbre y reduce considerablemente la libertad de los Estados miembros, pues aborda todas las fases de la acogida y crea un dispositivo que atiende el fenómeno de los desplazamientos masivos desde una perspectiva omnicomprendensiva y con carácter previo al conflicto, lo que aporta previsibilidad en la posible actuación comunitaria para el futuro.

El consenso alcanzado en una materia 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.

II. Desde luego, el Estado miembro, singularmente considerado, y como efecto indirecto de la Directiva, no encontraría fácil alegar consideraciones de desestabilización interna con objeto de negar la acogida a estas poblaciones cuando puede acudir a un mecanismo que reduce en gran medida esa responsabilidad "individual" para hacerla "colectiva".

Los desplazamientos forzosos de población a gran escala pueden llegar a provocar una situación de excepcional emergencia que diera lugar a la utilización por parte del Estado implicado de la cláusula de salvaguardia relativa al mantenimiento del orden público y la seguridad interior (art. 64.2 TCE), limitación, nótese, ajena a todo control jurisprudencial. Mas con independencia de las obligaciones internacionales a piénsese en el principio de *non refoulementæ*, y aquéllas que observen los Estados en su ordenamiento interno respecto a la debida protección de las personas que se hallen en peligro, la Directiva vendría a apoyar la obligación de acogida de aquellos que se manifiestan en masa, pues la norma de Derecho derivado le otorga la posibilidad de solicitar a la Comisión que presente una propuesta al Consejo para la activación del procedimiento. En definitiva, la existencia de un mecanismo que incorpora una aproximación común al problema de los flujos masivos, con un

reparto de las responsabilidades de carácter físico y financiero, debiera reducir las posibilidades jurídicas de rechazo en frontera por cuestiones que pudieran solventarse con una adecuada cooperación regional.

Bien es verdad que 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. Ello al menos garantiza que la decisión de conceder la protección temporal sea coherente, pues estará basada en el voto favorable de los Estados miembros y sobre la base también de la suma de las disponibilidades de todos. En todo caso, éstos están sujetos al principio de lealtad comunitaria (art. 10 TCE) y por un compromiso basado en la buena fe, en consecuencia, si deciden emitir declaraciones negativas, esto es, manifestando la imposibilidad de poner en práctica la oferta voluntaria de acogida, deberán motivarlo debidamente.

III. El sistema general de asilo se ve complementado con un instrumento específico, especialmente idóneo para resolver problemas que, como los flujos masivos, no tenían un tratamiento específico en su seno.

Así, en términos comparativos, la protección temporal (europea) se caracteriza por ser un sistema colectivo (la condición de refugiado se reconoce de forma personal), de carácter objetivo (no se activa en atención a consideraciones subjetivas) y con vocación temporal (la protección individual tiende a estirarse indefinidamente). Bien es cierto que no atribuye un derecho subjetivo, exigible e invocable 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 constituye un acto de mera tolerancia o un ejercicio humanitario, sino que dispensa una auténtica tutela jurídica. Se trata, en suma, de una protección colectiva, cuyas reglas de juego han sido definidas previamente por la Directiva, y que constituye un complemento que ofrece el Derecho comunitario para el Derecho internacional.

Por lo demás, un dispositivo de protección temporal dedicado en exclusividad a los flujos en masa debe suponer una importante salvaguarda contra el "abuso de la acogida temporal en detrimento del asilo". Se ha de tratar, por tanto, en términos de "complementariedad" de procedimientos en el actual *in fieri* "sistema europeo común de asilo".

IV. La CE no ostenta competencias exclusivas en esta materia. La protección temporal comunitaria *coexiste* con la nacional que, en teoría, podría tener dos niveles: una protección, propia y ajena a la dinámica comunitaria; y otra al servicio de la Directiva, para su transposición y ejecución.

En el supuesto de que la protección europea expire por transcurso del plazo establecido sin que se hayan modificado las circunstancias inherentes en

el país de origen y, por tanto, el regreso de los desplazados no sea seguro, tendrá que sucederle a la “comunitaria” la protección “nacional” (u otro sistema de mayor nivel, como el asilo), basado en los mismos o análogos principios a los que se sientan en la Directiva. Sea como fuere, parece deseable, que se mantenga el mismo nivel o estándar de protección en el disfrute de los derechos. Es de esperar que el desplazado sujeto al ordenamiento nacional, bien sea al margen o como continuación de la protección europea, no se vea preterido. No sería razonable hacer de peor condición al desplazado “nacional”, que al “comunitario”, en razón de que la financiación sea nacional o comunitaria. Así parece confirmarlo el *Reglamento español sobre régimen de protección temporal* sobre el cual se ha de afirmar que no atiende a las posibilidades más restrictivas que ofrecía la Directiva. Se esperaba que la norma de Protección Temporal tuviera ese efecto docente en la legislación interna de los Estados a través de las cuales asumirían la obligación de atender desplazamientos masivos de población con las bases humanitarias estipuladas por la norma de Derecho derivado.

El estándar mínimo de protección que la Directiva establece en lo que al estatuto de derechos se refiere no sólo respeta y es compatible con las exigencias derivadas del Derecho internacional y europeo, sino que las supera. No obstante lo cual, sería deseable que los Estados optase 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 llegar hasta tres años, como por el hecho de que el colectivo objeto de protección resulta especialmente vulnerable. Tal es el caso, de forma principal, del derecho a solicitar asilo, cuya determinación puede ser preterida en el tiempo y, también 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 los adultos; a la reagrupación familiar menos nuclear; o la libre circulación, mediante acuerdos bilaterales, por el territorio de los Estados miembros con los límites temporales que se ajusten a Derecho.

V. Como toda norma habrá de ser acompasada y leída de acuerdo con la realidad histórica, las circunstancias de cada tiempo y lugar. Acaso esa historicidad y la consiguiente elasticidad, bien para una interpretación expansiva o, por el contrario, restrictiva, tenga aquí, en la Directiva, un mayor protagonismo y ello no ya sólo por las amplias facultades de apreciación para la activación del sistema, sino también por el propio objeto que regula, sumamente delicado y complejo. Sea como fuere, la norma admite, legítimamente, ser perfeccionable al alza como instrumento de protección.

Así, subrayamos la capacidad de la Directiva para extender las categorías de personas protegidas. Por un lado, a través del concepto de “persona desplazada” que incluye no sólo a grupos de individuos que puedan haber sufrido

un temor fundado de persecución por las razones incluidas en el Convenio de Ginebra sino también por otros “peligros” protegidos por diferentes instrumentos jurídicos de protección, incluyendo de forma expresa a aquellos que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente y los que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestos a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos. Al predicarse de un colectivo y no de un individuo, el sistema puede generar un efecto de ampliación de los beneficiarios y, por ende, incorpora un nuevo estatuto cualificado de extranjería, el de “persona acogida temporal”.

La misma fuerza expansiva puede predicarse del concepto de “afluencia masiva”. La Directiva lo define como un número importante de personas desplazadas procedentes de un país o de una zona geográfica determinada, independientemente de que su llegada se haya producido de forma espontánea o con ayuda, por ejemplo, de un programa de evacuación. La previsión de este tipo de programa de rescate de las víctimas resulta de una fundamental importancia, pues permite que se pueda proporcionar protección inmediata a personas que de ninguna otra forma hubiera podido cruzar una frontera internacional y solicitar la tutela en el territorio de un Estado miembro. Por otro lado, en la medida en la que se trata de un instrumento geográfica e históricamente neutro æno se especifica *expressis verbis* que el país o la zona geográfica de origen hayan de considerarse del ámbito europeo o de su área de influenciaæ pudiera tener la virtualidad de coadyuvar a una distribución de las responsabilidades de carácter físico a escala global, aplicando el principio de solidaridad internacional en atención a situaciones que pudieran poner en peligro la paz y seguridad en otras regiones del planeta. De forma excepcional y subsidiaria, pues, la Comunidad a través de la evacuación podría ofrecer un mecanismo de acogida temporal que contribuyera a solventar las necesidades de asistencia y protección a escala internacional.

VI. Las principales dificultades en la interpretación y aplicación de la Directiva las hallamos en torno a tres de particularidades:

1.-En primer lugar, el hecho de encontrarnos con conceptos jurídicos indeterminados, absolutamente básicos, tales como “afluencia masiva”; “regreso seguro y duradero”, y el amplio margen de apreciación que ostentan las instituciones comunitarias, señaladamente el Consejo, para la interpretación de los mismos y, en particular en lo que hace a la activación del dispositivo de protección temporal o, a la inversa y en paralelo, para la desactivación sobrevenida, antes de la expiración del plazo.

Si bien la apertura de los conceptos constituye una decisión consciente de la Directiva, que no ha de ser vista necesariamente como una anomalía, se han de tomar en consideración dos presupuestos:

De entrada, la idea del margen de apreciación presupone precisamente que la concesión de la protección temporal no es una concesión graciosa (*cf.*

artículos 2 y 5 señaladamente); esto es, que no tiene el Consejo libertad absoluta para decidir válidamente en Derecho que concurren o no los presupuestos o requisitos que la norma establece. El Consejo, obvio es decirlo, no puede llamar “afluencia masiva” a cualquier cosa; ni puede decidir libremente si la población está expuesta o no a una “violación sistemática o generalizada de los derechos humanos”. Se trata de una decisión discrecional (que nunca ha de ser arbitraria) para valorar y ponderar esas siempre difíciles circunstancias, requisitos y presupuestos, puesto que la Directiva ha querido otorgarle la “última palabra” al Consejo. En otras palabras, la obligación jurídica de acogida temporal no nace de la decisión del Consejo, sino de la Directiva misma, si bien su exigibilidad no es automática ni incondicionada: requiere la intermediación y el reconocimiento del presupuesto de hecho por parte del Consejo.

Por otro lado, no hay que olvidar que la Directiva es expresión de un equilibrio orgánico y competencial como consecuencia del papel destacado que a la Comisión se le atribuye. La Comisión y el Consejo se reparten una facultad de apreciación respecto de la concurrencia o no de la afluencia masiva y de las medidas a adoptar. Aún cuando al Consejo le corresponda “decidir” es obvio que el ejercicio de esa facultad de propuesta por parte de la Comisión 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 a 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 surtirá efecto la acogida da muestras de que resultará del todo determinante. En definitiva, ésta 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 de los elementos de juicio que el Consejo ha de entrar a valorar y que en ningún caso son disponibles, y la motivación de 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. Es de resaltar la labor del Alto Comisionado y otras organizaciones internacionales pertinentes 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. Con ello se obtiene 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. Véase que si bien se trata de un “derecho” también ha de ser visto como una “responsabilidad” de estos entes.

2.-Valoramos negativamente el hecho de que para la activación del régimen europeo de protección temporal sea inexcusable la aprobación del Consejo, y la desactivación, en cambio, resulte tan automática que ni siquiera

quepa una nueva intervención comunitaria para apreciar si las circunstancias han cambiado. La Directiva no hay comunitarizado la apreciación de que han desaparecido los presupuestos de hechos materiales que motivaron la activación de la protección temporal (flujos masivos debidos a las concretas circunstancias que ya conocemos); es esa una competencia o potestad que queda en manos de los Estados miembros. La protección europea cesa en última instancia por el mero transcurso del plazo máximo. La Directiva no dispone nada a nivel europeo, para la hipótesis de que las reiteradas circunstancias no hayan desaparecido y el plazo haya expirado. Nada dice, en efecto, acerca del régimen de protección que quepa dispensar. De ahí que sea absolutamente necesaria la adopción de medidas a nivel interno en el marco de la legislación nacional en materia de protección y extranjería.

3.-En cualquier caso, el *regreso* de los desplazados a su país de origen ha de considerarse siempre *seguro y duradero*. Pese a la equivocidad y silencio de la norma, sobran argumentos sobre todo de carácter sistemático y los derivados de una interpretación finalista de la institución para sostener que el regreso, en cualquiera de sus especies o modalidades o secuencias temporales —salvo la decisión libre y consciente y voluntaria del propio desplazado— no podría incoarse en ausencia de esos caracteres.

El concepto de regreso seguro y duradero supondría la ausencia de los factores de riesgo que dieron pie a la activación del régimen. La cesación, así, deviene fiduciaria de la iniciación a se trata de un concepto fiduciario y dependiente de las circunstancias de la activación del régimen de protección temporal; por tanto, relativo por cuanto ha de aplicarse a cada tiempo y lugar. En ese caso el regreso seguro y duradero implicaría: la ausencia de amenaza a la vida o a la libertad de las personas en cuestión por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas u otro tipo de perjuicio grave e injustificado; los mecanismos necesarios para la constitución de un proceso de paz que procure el contexto estabilizado para el caso de que las personas hubieran huido de zonas de conflicto armado o violencia permanente, así como aquellas que incluyan las garantías normativas y jurisdiccionales necesarias para el respeto a los derechos humanos y el Estado de Derecho. Se habría de garantizar la llamada seguridad física, jurídica y material entendiendo ésta última como “las condiciones elementales de vida para la reinserción”.

Distinguimos, pues, entre los requisitos inexcusables del concepto de “regreso seguro y duradero” y aquellos que pueden formar parte del necesario “programa de reintegración y reconstrucción del país de origen” como fórmula de afianzar y consolidar unas mejores condiciones personales de los retornados. La Comunidad europea estaría obligada implícitamente a un seguimiento del proceso de reinserción. Para todo ello, consideramos esencial la previsión de mayor diálogo entre todas las partes implicadas.

SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA



La Bibliografía que a continuación se presenta recoge aquellos estudios que versan directamente sobre los diferentes modelos de acogida temporal para poblaciones desplazadas en forma masiva, si bien a lo largo del trabajo se ha utilizado un mayor volumen de obras generales de Derecho internacional de los Refugiados y Derecho comunitario citadas a pie de página al hilo de cada tema.

MONOGRAFÍAS Y OBRAS COLECTIVAS

ALBERT, Sophie

–*Les Réfugiés Bosniaques en Europe*, Centre de Droit International de Paris I, Perspectives Internationales, Monchrestien, París, 1995.

HATHAWAY, James C.

–*Reconceiving International Refugee Law*, (editor), Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

NOLL, Gregor

–*Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, Países Bajos, 2000.

RAOUL WALLENGER INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW

–*Temporary Protection-Problems and Prospects*, Report nº 22, (Malmström, Susanne and Noll, Gregor: rapporteurs), Lund, 9 de mayo de 1996.

van SELM, Joanne

–*Refugee Protection in Europe. Lessons of the Yugoslav Crisis*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1998.

–*Kosovo's Refugees in the European Union*, Pinter, London and New York, 2000.

ARTÍCULOS DE REVISTAS ESPECIALIZADAS Y
CONTRIBUCIONES A OBRAS COLECTIVAS

- ACHARYA, Amitav; DEWITT, David B.
—Fiscal Burden Sharing», en *Reconceiving International Refugee Law*, (Hathaway, J.C. editor), Martinus Nijhoff Publishers, The Hage/Boston/London, 1997, pp. 111-145.
- AKRAM, Susan M.
—Temporary Protection and its Applicability to the Palestinian Refugee Case», en *Badil-Information & Discusión Brief*, nº 4, junio 2000.
- ANDERSEN, Elisabeth
—The Role of asylum States in Promoting Safe and Peaceful Repatriation under the Dayton Agreements», en *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 193-206.
- BAGSHAW, Simon
—Benchmarks or Deutschmarks?. Determining the criteria for the Repatriation of Refugees to Bosnia and Herzegovina», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 9, nº 4, pp. 566-592.
- BARUTCISKI, Michael
—The Reinforcement of Non-Admission Policies and Internal Assistance in Bosnia (1992-94)», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 8, nº 1/2, 1996, pp. 48-110.
- Involuntary Repatriation when Refugee Protection is no Longer Necessary: Moving Forward after 48th Session of the Executive Committee», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, nº 172, 1998, pp. 236-255.
- BARUTCISKI, Michael; GARLOCK, Rick; SANDISON, Peta; SUHRKE, Astri (UNHCR. Evaluation and Policy Analysis Unit.)
—*The Kosovo Refugee Crisis. An Independent Evaluation of UNHCR's emergency preparedness and response*, EPAU/2000/001, febrero, 2000.
- BLACK, Richard; KOSER, Khalid; WALSH, Marta
—Temporary Protection and Assisted return of refugees from the European Union», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, nº 3, 1998, pp. 444-461.
- Repatriation from the European Union to Bosnia-Herzegovina. The Role of Information», en (BLACK, R. & KOSER, K., editores), *The End of Refugee Cycle?. Refugee Repatriation & Reconstruction*, Berghahn Books, New York, Oxford, 1999.
- BLACK, Richard; KOSER, Khalid
—Limits to the Harmonization: The "Temporary Protection" of Refugees in the European Union», en *International Migration Review*, vol. 37, nº 3, 1999, pp. 521-543.

BREKKE, Jan-Paul

—«The Dilemmas of Temporary Protection-The Norwegian Experience», *Policy Studies*, vol. 22, nº 1, 2001, pp. 5-18.

CARRASCOSA FERRANDIS, Sara

—«Flujo masivo de desplazados: comentarios a la primera Directiva europea», en (Fernández Sánchez, Pablo A. editor), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*. Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, pp. 315-323.

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.

COX, Marcus

—«The right to return home: International Intervention and Ethnic Cleansing in Bosnia and Herzegovina», en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1998, pp. 598-631.

DACYL, Janina W.

—«International Responses to Refugee Flow from the Former Yugoslavia», en Raoul Wallengger Institute of Human Rights and Humanitarian Law, *Temporary Protection-Problems and Prospects*, Report nº 22, (Malmström, Susanne and Noll Gregor: rapporteurs), Lund, 9 de mayo de 1996, pp. 13-36.

—«Protection Seekers from Bosnia and Herzegovina and the Shaping of the Swedish Model of Time-Limited Protection», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, nº 1, 1999, pp. 155-192.

de JONG, Cornelis

—«Elements for a More Effective European Union Response to Situation of Mass Influx», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 8, nº 1/2, 1996, pp. 156-168.

—«The Legal Frame work: The Convention relating to the Status of Refugees and the Development of Law Half a Century Later», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, nº 4, 1998, pp. 688-697.

DOMANSKI, M.

—«Insights from Refugee Experience: A Background Paper on Temporary Protection», en (Hathaway, J.C. editor), *Reconceiving International Refugee Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 22-34.

EINARSEN, Terje

—«Mass Flight: The Case for International Asylum», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 7, nº 4, 1995, pp. 551-578.

—«Mass Movement of refugee-in search of new international mechanisms», en (Alfredsson, G.; Macalister, P. editores), *The Living law of Nations. Essays on Refugees, Minorities, Indigenous Peoples and the Human Rights of others Vulnerable Groups. In memory of Atle Grahl-Madsen*, N.P. Engel Publishers, Kehlstrasbourg, Arligton, 1996.

FARIA, Cláudia; CORRADO, Laura

—«Vers une politique européenne commune en matière d'asile et de migration», en *Eipascope: European Institute of Public Administration*, n° 2001/2, pp. 2-15.

FEROLA, Laura

—«Nouveau instruments légaux pour aborder les flux massifs des personnes déplacées dans l'Union européenne: la protection temporaire», en *Association for the Study of the World Refugee Problem Bulletin*, vol. 37-46, 1999, n° 2/3, pp. 62-70.

FISCHEL de ANDRADE, José H.; DELANEY, Nicole Barbara

—«Minority Return to South-Eastern Bosnia and Herzegovina: A Review of the 2000 Return Season», en *Journal of Refugee Studies*, vol. 14, n° 3, pp. 315-330.

FITZPATRICK, Joan

—«The Principle and Practice of Temporary Refugee: A Customary Norm Protecting Civilian Fleeing Internal Armed Conflict», en (Martin, D. A. editor) *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980's*. The Ninth Sokol Colloquium on International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1988, pp. 87-121.

—«Flight From Asylum: Trends Toward Temporary "refuge" and Local Responses to Forced Migration», en *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, 1994, pp. 13-79.

—«The End of Protection: legal standars for cessation of refugee status and withdrawal of temporary protection», en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol.13, n°3, 1999, pp. 343-381.

—«Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime», en *American Journal of International Law*, vol. 94, n° 2, 2000, pp. 279-306.

FONTEYNE, J.-P.L.

—«Burden sharing: An Analysis of the Nature and Function of Internatioal Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees», en *Australian Yearbook of International Law*, vol. 8, 1983, pp. 162-188.

GIBNEY, Mathew J.

—«Between control and humanitarianism: temporary protection in contemporary Europe», *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 14, n° 3, 2000, pp. 689-707.

GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J.

—«Normas y mecanismos para asegurar la protección internacional en situaciones de afluencia masiva: reconocimiento prima facie y protección temporal», en (Fernández Sánchez, Pablo A. editor), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, pp. 231-248.

HAILBRONNER, Kay

—«Temporary and Local Responses to Forced Migrations: A Comment», en *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, 1994, pp. 81-100.

—«The New Asylum Title on Free Movement of Persons, Asylum, and Immigration in the TEC», en (M. de Boer editor), *Schengen, Judicial Co-operation and Asylum Policy: Co-ordination*, EIPA, Maastricht, 1997.

—«The Treaty of Amsterdam and Migration Law», en *European Journal of Migration and Law*, vol. 1, 1999, pp. 9-27.

HARTMAN, Joan; PERLUSS, Deborah

—«Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm», en *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1986, p. 551-626.

HATHAWAY, James C.; NEVE, R. Alexander

—«Making International Refugee Law Relevant Again», en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, pp. 115-211.

HOFMANN, Rainer

—«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.

ITO, Ayaki

—«Politicisation of Minority Return in Bosnia and Herzegovina—The First Five Years Examined», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, nº 1/2, 2001, pp. 98-122.

JOLY, Danièle

—«Temporary protection within the framework of a new European asylum regimen», en *International Journal of Human Rights*, vol. 2, nº 3, 1998, pp. 49-76.

—«A new asylum regimen in Europe», en (Nicholson, F.; Twomey, P. editores), *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, 1999, pp. 336-356.

KÄLIN, Walter

—«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.

KJAERUM, Morten

—«Temporary Protection in Europe in the 1990», en *CSCE Expert Seminars on migration including refugees and displaced persons*, Warsaw, 20-24 april, 1993, 1994.

—«Temporary Protection in Europe in the 1990», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 6, nº 3, 1994, pp. 444-456.

—«Human Rights Implications of the Development of the Concept of Temporary Asylum in the Nordic Countries», en *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, 1995, pp. 397-403.

- KERBER, Karoline
 —Temporary Protection: An Assessment of the Harmonisation Policies of European Union Member States», *International Journal of Refugee Law*, vol. 9, nº 3, 1997, pp. 453-471.
- Temporary Protection in the European Union: a chronology», en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 14, nº 1, 1999, pp. 39-50.
- The Temporary Protection Directive», en *European Journal of Migration and Law*, vol. 4, 2002, pp. 193-214.
- KRIKORIAN, Mark
 —There's Nothing as Permanent as Temporary Refugee», en *www.cis.org/articles/1999.html*. Consultado el 28 de febrero de 2002.
- MAROLT, Dominica
 —Temporary protection of refugees», en *Association for the Study of the World Refugee Problem Bulletin*, vol. 38-47, 2000, nº 1/2, pp. 47-73.
- MARTIN, Susan; SCHOENHOLTZ, Andy; MEYERS, Deborah Waller
 —Temporary Protection: towards a regional and domestic framework», en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 12, nº 4, 1998, pp. 543-487.
- MARTIN, Susan; SCHOENHOLTZ, Andy
 —Temporary protection: U.S. and European responses to mass migration», en (Hailbronner, K.; Eckart, K. Editores) *Einwanderungskontrolle und Menschenrechte – Immigration Control and Human Rights*, C.F. Müller verlag, Heidelberg, 1999, pp. 29-47.
- NOLL, Gregor
 —Prisoners' Dilemma in Fortress Europe: On the Prospects for Equitable Burden-Sharing in the European Union», en *German Yearbook of International Law*, vol. 40, 1997, pp. 405-437.
- NOLL, Gregor, VEDSTED-HANSEN, Jens
 —Temporary Protection and Burden Sharing: Conditionalising Access Suspending Refugee Rights?» en *Implementing Amsterdam, Immigration and Asylum Rights in EC Law*, (Guild, E.; Harlow, C.: editores), Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001, pp. 195-223.
- PERAL FERNÁNDEZ, Luis
 —Desplazamientos masivos de población: marco internacional y comunitario de protección y asistencia» *mimeografía*.
- PIRJOLA, Jari
 —Temporary Protection as a Future Model for Asylum», en *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, 1995, pp. 423-427.
- QUIGLEY, John
 —Mass Displacement and the individual right of return», en *The British Yearbook of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- SELTZER, Suzanne
 —Temporary Protected Status: A Good Foundation for Building», en *Georgetown Immigration Law Journal*, nº 6, 1992, pp. 773-801.

van SELM, Joanne

–«Transcending Boundaries: Temporary Protection and Burden-Sharing in Europe», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 7, nº 3, 1995, pp. 459-480.

–«Temporarily Protecting Displaced Persons or Offering the Possibility to Start a New life in the European Union», en *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, pp. 23-35.

YAKOOB, Nadia

–«Report on the Workshop on Temporary Protection Comparative Policies and Practices», en *Georgetown International Law Journal*, 13, 1999, 4, pp. 617-633.

ZUCKER, Naomi F.; ZUCKER, Norman L.

–«Temporary Protected Status: a Proposed United States policy for vulnerable groups», en (Alfredsson, G.; Macalister-Smith, P. editores), *The Living law of Nations. Essays on Refugees, Minorities, Indigenous Peoples and the Human Rights of others Vulnerable Groups. In memory of Atle Grabl-Madsen*, N.P. Engel Publishers, Kehlstrasbourg, Arligton, 1996, pp. 133-141.

Se acabó de imprimir este libro el día 28 de
septiembre de 2005, día de San Wenceslao,
en los talleres de Essan Gráfico, S.L.,
y estando al cuidado de
la edición el Servicio
de Publicaciones de
la Universidad
de Huelva.





