

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

---

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

## **INTRODUCCIÓN**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo que hace a España, acaba de adoptarse el *Real Decreto* 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, *BOE*, núm. 256 de 25 de octubre de 2003, pp. 38160-38167.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. CARACTERÍSTICAS SINGULARES DEL DISPOSITIVO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se pueden producir dos supuestos:

17. La cursiva es de la autora.



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

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

## 2. La protección inmediata y temporal.

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

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

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

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

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

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

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

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

El Considerando número 20 de la Directiva destaca que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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