

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL EUROPEO. EL RESURGIMIENTO DE UNA RENOVADA ACOGIDA TERRITORIAL COMO RESPUESTA A LOS DESPLAZAMIENTOS MASIVOS DE POBLACIÓN.

Dra. Nuria Arenas Hidalgo
Profª Ayudante Derecho Internacional Público
Universidad de Huelva

Sumario: I. LOS FLUJOS DE POBLACIÓN A GRAN ESCALA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. 1. La necesidad de revisión normativa en el marco del asilo. 2. La ineludible aproximación común en el ámbito europeo. La Directiva de Protección Temporal: el último paso en la evolución jurídica precedente. II. CONCEPCIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL EUROPEO. 1. El ámbito de aplicación: la consideración selectiva de la afluencia masiva. Limitaciones y vis expansiva. 2. La temporalidad de la protección. La incidencia en el retorno de los desplazados como término natural del sistema. a) el retorno o repatriación voluntaria. b) la repatriación forzosa. III. LA SOLIDARIDAD COMO BASE DEL SISTEMA. EL DISPOSITIVO DE DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE LAS RESPONSABILIDADES FÍSICAS Y FINANCIERAS EN TORNO A LOS DESPLAZADOS. 1. El reparto de responsabilidades de carácter financiero: el Fondo Europeo para Refugiados (FER). 2. El reparto de responsabilidades de carácter físico: la exigencia del “principio de doble voluntariedad”. CONCLUSIONES.

I. LOS FLUJOS DE POBLACIÓN A GRAN ESCALA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO.

Los éxodos masivos de población no son, en absoluto, un fenómeno nuevo producto de la realidad contemporánea; muy al contrario, la historia se halla repleta de diacrónicos casos de exilios de trágicas proporciones. No obstante esta persistencia, los conflictos surgidos como consecuencia del cambio en las relaciones internacionales que supone la Caída del Muro de Berlín han convertido a las afluencias en masa en uno de los principales retos de la comunidad internacional contemporánea. En especial, Europa que había permanecido ajena a estos conflictos durante décadas ha de contemplar, entre el estupor y el asombro, como se producía en su continente el mayor éxodo de población, circunstancia ésta de la que —en esas proporciones cuantitativas y cualitativas— no se tenía memoria desde la Segunda Guerra Mundial.

Durante los años ochenta y noventa la evolución de los desplazamientos en masa —la transformación del contexto internacional en que se producen las causas subyacentes al exilio e incluso la forma de manifestación del mismo— ha tenido como consecuencia el desarrollo de modelos de protección ajenos a los previstos por el ordenamiento jurídico internacional a principios del siglo pasado y que dieron lugar al Derecho Internacional de los Refugiados (DIR). Conceptos como ‘promoción de estabilidad a través del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales’, ‘persecución de las violaciones de derechos humanos’, ‘prevención de conflictos’, ‘la promoción del desarrollo económico y social’, pero también más recientemente, la ‘asistencia *in situ*’, o de forma más general, la ‘asistencia humanitaria’ como estrategia de prevención del exilio¹ son ámbitos de actuación íntimamente relacionados con la

¹ Quisiéramos destacar, en este sentido, el estudio de PERAL FERNÁNDEZ, L. *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Trotta, Madrid, 2001. El autor se centra en el Derecho Internacional de los Refugiados

gestión de las crisis que provocan los desplazamientos de población y que vienen, así, a integrarse con el modelo más clásico —el diseñado en Ginebra—.

No se trata, pues, de aislar el asilo, en su concepción tradicional, o de convertirlo en una institución en tan modo excepcional que apenas pudiera aplicarse bajo el convencimiento de las bondades de la prevención del exilio y de la capacidad estatal en tal sentido. De entrada y en la medida en que los mecanismos institucionalizados de prevención de los riesgos que se hallan en el origen de los flujos masivos 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. La acogida protectora territorial no puede considerarse una fórmula “clásica”, sin apenas consistencia salvo en casos de extrema necesidad. No se trata, por tanto, de hablar en términos de “exclusión de fórmulas” sino del establecimiento de una suerte de “imbricación ineludible” que no hace perder la propia singularidad de cada parcela del ordenamiento —sea ésta asilo u otras—, sino el logro de una *complementariedad necesaria*.

Hoy día, los desplazamientos de población no son posibles de afrontar desde una perspectiva unidimensional de actuación; al igual que las relaciones internacionales contemporáneas permitían experimentar en áreas inexploradas hasta el momento como fórmula de actuación frente al desafío de los desplazamientos masivos de población, el asilo requería, de igual forma, una renovación de sus estructuras para poder servir de respuesta ante un fenómeno de vertientes tan diversas. En los prolegómenos de la conflagración de la ex Yugoslavia, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) se manifiesta convencido de que la 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 resultan suficientes y, por ello, debían complementarse con lo que llama *enfoques flexibles*².

En respuesta a este llamamiento, en el marco de la Unión Europea se diseña un modelo de *protección temporal* cuya base jurídica protagoniza la Directiva de 2001, principal objeto de este estudio³. Éste procedimiento reflejaría el resurgimiento de una *renovada acogida*

que, en su opinión, resulta ser el ordenamiento jurídico 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.

² Desde esta 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 situation— admission and protection, at least on a temporary basis, should be given without discrimination to all those who need it>>.

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 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*. DOCE, n° L 212 de 07/08/2001, pp. 0012-0023. En función del artículo 33 de la Directiva la entrada en

territorial que, sin ignorar su específica filiación, converge y contribuye con la nueva dinámica que ha emprendido el DIR, aceptando el reto de entrar en diálogo con esa perspectiva en una estrategia global respecto a los desplazamientos en masa.

He ahí en el punto de inflexión entre el Derecho Internacional, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Comunitario el reto analítico para el internacionalista.

1. LA NECESIDAD DE REVISIÓN NORMATIVA EN EL MARCO DEL ASILO.

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

En los casos de afluencia a gran escala 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 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.

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 caracterizada, 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 objetivo⁴.

vigor se ha producido el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

⁴ Es importante reseñar que si bien es verdad que el Convenio de Ginebra no excluye *per se* la utilización de fórmulas más flexibles para casos de afluencia masiva la aplicación de un procedimiento de determinación grupal tras el cual pudiera concederse el estatuto de refugiado o la utilización de la cláusula de cesación dispuesta en los artículos 1 C 5 y 6 para los casos en los que la acogida ya no fuese necesaria, 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 Temporal. Así, la Comisión, en la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva de 2000*, 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.

En opinión de Walter Kälin, << 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 >>. KÄLIN, W. "Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism", en *GYIL*, vol. 44, 2001, p. 211.

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 masa; la 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 una particular *dependencia fáctica* que se ha convertido en una característica propia de la regulación de los desplazamientos forzados 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 desplazadas⁵.

Los límites al amplio margen de apreciación soberano han venido de la mano tanto del incremento de la interdependencia estatal, la cual impone trabas a la capacidad del Estado de adoptar decisiones unilaterales en materias que son del interés de la comunidad internacional en su conjunto —también en ámbito regionales sirve de base a la comunitarización de determinadas materias, entre ellas el asilo, en el seno de la Comunidad Europea—, así como

No obstante lo anterior, 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 *Consultas Globales* 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, 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.

⁵ 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* (art. 33.1 Convenio de Ginebra), la base jurídica de la acogida temporal debida a estos colectivos. En la medida en que no es posible proceder a una expulsión ni a un rechazo en frontera 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 es titular, parece obligado conceder una acogida siquiera de carácter temporal. Si bien dicha interpretación se encuentra ampliamente reconocida respecto a los “refugiados de facto” que parecen de forma individualizada, resulta más controvertida respecto a los desplazamientos en masa. No obstante, nosotros partimos de la defensa de 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 desplazamientos a gran escala. En apoyo de esta afirmación puede consultarse el excelente trabajo de Lautherpacht y Bethlehem los cuales consideran que un análisis basado en los trabajos preparatorios del Convenio de 1951, en su *lex lata* y práctica restrictiva estatal, no resultan del todo representativo respecto a 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 autores 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*, 20 de junio de 2001, pp. 154-157.

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 para los Refugiados y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho Internacional. Resumen de las Conclusiones, para. 4 y 5.

de la creación de un auténtico *corpus iuris* en derechos fundamentales. A mayor conciencia internacional de lo intolerable, mayor ámbito de actuación del DIR.

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 determinadas circunstancias, los extranjeros entre y/o permanezcan en su territorio⁶. Así, el principio de *non refoulement* prohíbe cualquier forma de expulsión o entrega de un extranjero a un Estado en el cual su vida o su integridad corra peligro de ser lesionada en violación de los correspondientes derechos fundamentales. Con base en la práctica y la *opinio iuris* 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.

Este principio sirve de base inexpugnable tanto al que puede denominarse “precedente remoto” del modelo de Protección Temporal de la Directiva: el *temporary refuge* y el “precedente mediato”: la protección temporal de base nacional otorgada con motivo de los desplazamientos masivos de población procedentes de la antigua Yugoslavia⁷.

Sí resulta interesante avanzar que las bases establecidas por los que consideramos precedentes remotos y mediatos de la normativa sobre Protección Temporal se han mantenido, en esencia, en el marco de la concreta regulación jurídica que ofrece la Directiva de Protección Temporal⁸.

⁶ Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. “La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo”, en (Mariño 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.

⁷ A lo largo del texto se utilizará el término 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.

⁸ Por lo que respecta al *temporary refuge*, resultaba una práctica estatal consecuencia de un acto de soberanía, 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 como solución duradera, en terceros países —principalmente y en la medida en que la vuelta al país de origen resultase inviable a corto plazo—. Estos principios confirman la ‘necesariamente pragmática’ 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 —véanse las Conferencias Internacionales convocadas en los casos de mayor magnitud: ICARA, CIREFCA, CPA—, era muy acuciante. Los primeros antecedentes se cifran poco tiempo después de adoptado el Convenio ginebrino (desplazados húngaros en 1956 o checos en 1968). 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 consolidarse el concepto y a delimitar sus características (ACNUR. Comité Ejecutivo. *Refugiados sin país de asilo*, Conclusión nº 15 (XXX), 1979 (30º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. f). 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 todos sus aspectos en el marco de los problemas planteados por los flujos masivos de desplazados (NACIONES UNIDAS. A/AC.96/588, para. 48.4.e). Los pormenorizados y atentos estudios de Coles—a la cabeza del equipo—, en el marco del Alto Comisionado, resultan, pues, el primer intento de conceptualización de la acogida temporal (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 *AYIL*, vol. 8, 1983, pp. 189-212; en él se analiza la naturaleza del *temporary refuge*, su función en el sistema internacional de protección 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

Así, es posible afirmar que se conserva tanto la cualidad excepcional de la acogida temporal n o en vano se define, en su artículo 2. a), como un procedimiento de carácter excepcional para casos de afluencia masiva no aplicable, pues, de forma generalizada para cualquier tipo de desplazamiento, ni siquiera para cualquier exilio en masa, el carácter interino de la protección, así como su sustento en la cooperación o asistencia internacional, pues en este caso, la acogida en el territorio viene apoyada por la llamada 'solidaridad comunitaria' (el conocido principio de *burden sharing* o *responsability sharing*). Extremos éstos en los que más se incidirá, por tanto, en este estudio.

La diferencia sustancial puede contemplarse, en consecuencia, en el abandono de las fórmulas *ad hoc*, para conformar un sistema de acogida temporal en términos generales con un estatuto jurídico y reglas de procedimiento preestablecidas con carácter previo al desplazamiento en sí, y jurídicamente obligatorio, para un colectivo de Estados que han decidido, conjuntamente, asumir esta responsabilidad de forma expresa: los Estados miembros de la Unión Europea.

2. LA INELUDIBLE APROXIMACIÓN COMÚN EN EL ÁMBITO EUROPEO. LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN TEMPORAL : EL ÚLTIMO PASO EN LA EVOLUCIÓN JURÍDICA PRECEDENTE.

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.

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 véase : *Problems arising from large numbers of asylum-seekers: a study of protection aspects*, en International Institute of Humanitarian Law, 1986).

Respecto al precedente mediato, las trágicas dimensiones que adquiere la conflagración yugoslava conforman la conciencia de que tanto la asistencia humanitaria, en su carácter clásico y su vertiente preventiva, o los mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos ya fuesen éstos de carácter internacional o regionales no resultaban suficientes para terminar con el conflicto o prevenir el desplazamiento, por lo que en consecuencia, la acogida temporal de poblaciones en peligro en el territorio de otros Estados resulta ineludible. Como consecuencia del llamamiento internacional, los Estados miembros de la Unión Europea acogen a los desplazados en sus territorios de forma interina bajo las más diversas fórmulas jurídicas y, por tanto, con estatutos y condiciones igualmente divergentes. En algunos casos se crean legislaciones específicas para la protección territorial de desplazamientos forzados a gran escala, pero 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 adolecen del logro del suficiente consenso a nivel europeo que tuviera como resultado una perspectiva común y una cooperación conjunta. 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 claras deficiencias en torno a la cooperación estrecha que cabía esperar de los Estados miembros, lanza igualmente la voz de alarma al respecto. *Vid.* KERBER, K. "Temporary Protection in the European Union: a Chronology", en *GILJ*, vol. 14, nº 1, 1999, pp. 36-38. van SELM-THORBURN, J. *Refugee Protection in Europe Lessons of the Yugoslav Crisis*, Martinus Publishers, The Hague/Boston/London, 1998. van SELM-THORBURN, J. (coord.), *Kosovo's Refugees in the European Union*, Pinter, London and New York, 2000.

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 migraciones⁹.

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 ACNUR 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 JAI tras el Tratado de Maastricht establecen disposiciones de emergencia en las que la acogida temporal se considera en su mayor excepcionalidad¹⁰, y las que pretenden una aproximación más general de la protección temporal adolecen de la relativa naturaleza jurídica de las medidas que disponía el antiguo artículo k.3 y

⁹ Existe 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 castellano, *vid.*, 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. GORTÁZAR ROTAECHE, C. J. *El Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, *op. cit.*, 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. PONTE IGLESIAS, M.T. *Conflictos armados, Refugiados y Desplazados internos en el Derecho internacional actual*. Colección Estudios Internacionales, Tórculo Edicións, Santiago, 2000. TRUJILLO HERRERA, R. *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*, Dickinson, Cabildo Insular de Tenerife, Madrid, 2003.

¹⁰ 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. 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.

en el fondo de un auténtico consenso en la materia , por lo que, en definitiva, las propuestas de acción común nunca llegaron a aplicarse¹¹.

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.

Con las lecciones aprendidas y la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam así como la celebración del Consejo Europeo de Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 , se acuerda 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*¹², que dispone las cuestiones relativas a la protección temporal en un lugar preferente y de urgencia mediata¹³.

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.

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>>¹⁴

Efectivamente, consideramos que el mandato previsto en el Tratado de Ámsterdam para la efectiva regulación de la Protección Temporal de personas desplazadas no resulta consecuencia de la previa evolución de la regulación del asilo (iniciada en los años ochenta). Yugoslavia fue el detonante que abre la Caja de Pandora de la acogida temporal, por lo que dudamos que la propia dinámica de la regulación normativa del asilo en Europa, sin ese motor, hubiera determinado un modelo de protección de estas características en el marco del asilo. No obstante lo anterior, son inercias que se autoestimulan.

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

¹¹ *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*. En adelante, *Propuesta de Acción común de 1997 y la modificada de 1998*: DOCE, nº C 106 de 04/03/1997, pp. 013-016 y DOCE nº C 268 de 24/06/1998.

¹² En adelante, *Propuesta de Directiva de 2000*, DOCE, nº C 311E/2001, p. 251

¹³ Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam 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. Este modelo resultará en una toma de posición definitiva respecto a las demandas que de él se habían venido haciendo en los últimos años y que dada la ambición de contenidos tendrá una importante influencia a nivel internacional.

¹⁴ 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.

respecto de las cuales no parecía que cupiese mayor acercamiento normativo que aquel resultante de la cooperación intergubernamental más restrictiva¹⁵.

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)¹⁶.

El último paso 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 este estudio.

La norma 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, orientada al retorno y basada en el principio de solidaridad comunitaria; acogida inmediata a cambio de ausencia de integración como modelo.

En suma, habida cuenta de los 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 DIR, sino que la respuesta protagonizada por la ‘protección temporal’ y, más en concreto, su regulación en el ámbito europeo puede considerarse 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 también por las repercusiones que la adopción de la Directiva tiene sobre la obligación internacional general de acogida, pues supone la primera norma jurídica de carácter general que regula la protección territorial de la afluencias masivas de población, dejando a parte las evidentes repercusiones que pudiera tener en el futuro para el desarrollo de una nueva perspectiva de protección para personas en peligro en Derecho Internacional general.

¹⁵ No obstante, el nuevo enfoque o perspectiva está llamado a convivir con el anterior paradigma descrito lo que se resuelve en lo que MARIÑO MENÉNDEZ denomina ‘la oscilación’ de las políticas estatales entre la búsqueda de la afirmación de valores de solidaridad universal y la preocupación por la seguridad nacional: “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. “Sin un Derecho internacional protector del asilo territorial y del refugio, que esté bien consolidado, todo el edificio del Derecho internacional de los Derechos humanos sufriría embates demoledores”. (p. 482). La valoración doctrinal de la evolución normativa aunque reconoce y estima positivamente los avances logrados no deja de mantener una postura de delicada prudencia.

¹⁶ 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, Diario Oficial 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 L, 095, de 05.04.2001, p. 0027-0040.*

II. CONCEPCIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN TEMPORAL EUROPEO.

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. Las particularidades de su ámbito de aplicación, el estatuto jurídico diseñado para los beneficiarios (capítulo III de la Directiva); los artículos 5 y 6 como llave del sistema en la medida en que aportan las claves para iniciar la protección temporal, así como las fórmulas para ponerle fin (competencias, organización, facultades de apreciación, tramitación, plazos, etc.); las dificultades de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados (afluencia masiva, retorno seguro y duradero o solidaridad comunitaria); en un marco normativo de naturaleza mixta (en ciertos extremos asimilable a un reglamento no susceptible de transposición nacional y en otros fiel a los dictados de la Directiva¹⁷), fruto de una comunitarización asimétrica.

No es posible dar cuenta aquí de todas estas particularidades del procedimiento que presenta la norma de Derecho derivado como tesis para el debate. Se trata de reparar en aquellos “ejes transversales” en tanto que parcelas que permiten investigar sobre el grado de evolución respecto a las bases conceptuales de los modelos de acogida temporal y que vendrían a permitir el cotejo de lo inmutable y mudable en estos sistemas. Así, en el marco conceptual, lo relativo a su presupuesto de hecho, es decir, el carácter excepcional de la afluencia masiva y el carácter temporal de una acogida especialmente orientada al retorno de los desplazados a su lugar de origen. Y como base del dispositivo la necesidad de solidaridad entendida como reparto equitativo de las responsabilidades asociadas a dichos fenómenos.

1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: LA CONSIDERACIÓN SELECTIVA DE LA AFLUENCIA MASIVA. LIMITACIONES Y VIS EXPANSIVA.

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

¹⁷ En atención al artículo 32 de la Directiva, el plazo de transposición ha expirado el 31 de diciembre de 2002. Hasta el momento, sólo podemos dar cuenta de la transmisión a la Comisión de la normativa de transposición de la norma por parte de cinco Estados miembros: Austria (*Bundesgesetzblatt* 18/12/2001, Teil I, n° 142), Finlandia (*Loi* n° 130, 15/02/2002), Italia (*Legislative Decree* n° 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), el cual procede a la transposición de la Directiva, al tiempo que pretende desarrollar de forma más explícita los procedimientos que deben seguirse en este ámbito de materias.

personas está actualmente amenazada por una complejidad de factores que se entremezclan. De esta forma, en estos grandes desplazamientos podemos encontrar colectivos amenazados 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, como respuesta jurídica a estos desplazamientos masivos, va a ser *selectivo*. Los Estados miembros de la Unión Europea 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 acudido 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>>.

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:

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 humanos¹⁸.

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 serle de aplicación la cláusula de exclusión del artículo 28 de la Directiva.

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 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 protegidas¹⁹ y por ende incorpora un nuevo estatuto cualificado de extranjería, el de ‘persona acogida temporalmente’ que resulta una de las más importantes consecuencias del sistema de Protección Temporal.

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 nacionales de protección. 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 características²⁰.

¹⁸ Estos casos particulares es posible incluirlos 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.

¹⁹ Cfr. FITZPATRICK, J. “Temporary Protection of Refugees: elements of a formalized regime”, en *AJIL*, vol. 94, nº 2, 2000 p. 292.

Según M. A. CASTILLO Y J. C. HATHAWAY éste es así debido al concepto de *temporalidad*. Los Estados se muestran más favorables a tomar en consideración un mayor estándar conceptual cuando está asegurada la temporalidad, es decir, cuando se garantiza sólo por un tiempo determinado. “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—en este mismo capítulo—, el generoso estándar de tratamiento que ofrece la Directiva a los beneficiarios. A parte de otros criterios añadidos, que los Estados miembros han debido tener en cuenta necesariamente par establecer esos derechos, el de la temporalidad nos parece determinante.

²⁰ 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 comunitarias. 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 del Comité Económico y Social sobre la*

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)²¹;

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 (lo que implica la consideración de las personas desplazadas internas como potenciales beneficiarios de la acogida temporal); 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.

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

<<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, para. 2.3). 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, véase: FITZPATRICK, J. “Temporary Protection of Refugees: Elements of a formalized regime”, *op. cit.*, p. 294; Sobre la problemática en general, permítansenos 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).

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 desplazadas (*Aliens Act*, Capítulo 2, sección 4º, 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)—. 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 Unión Europea, el Consejo podría incluir otros supuestos aparte de los expresamente mencionados.

²¹ 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 Ámsterdam 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 ha tenido reflejo respecto a la adopción de la Directiva sobre Protección Temporal.

procedimiento de *evacuación* de los colectivos implicados, en particular, respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales. 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 eventualidad 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 circunstancias (realmente, se echa en falta una disposición concreta y pormenorizada que regulara este cuestión y, de forma especial, el método de coordinación de la misma entre los Estados miembros)²². A falta de esta previsión normativa, nos parece más acertada la interpretación del profesor Walter Kälin. 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 conflicto²³.

No obstante, la posibilidad de proceder a una 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 influencia²⁴.

Tal y como ha llamado la atención el profesor Rainer Hofmann, una Directiva que estuviera vinculada a la acogida en el entorno más inmediato, cultural y territorial en cuyo

²² El silencio de la Directiva en torno a las peculiaridades del sistema de evacuación apenas puede ser salvado por las disposiciones de orden interno adoptadas con motivo de la transposición de la Directiva, pues éstas se limitan simplemente y como no podía ser de otra forma a coordinar las instancias estatales implicadas: art. 10 del *Reglamento de Protección Temporal español*: <<procedimiento de Evacuación. 1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores, oída la Comisión Interministerial de Extranjería, podrá dispensar protección temporal a las personas desplazadas a consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, en el marco de programas de evacuación humanitarios. 2. La operación de acogida se coordinará por el Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración con la colaboración de la Dirección General de Asuntos Consulares y Protección y Protección de los Españoles en el Extranjero, la Dirección General de Extranjería y Documentación y el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, y podrá solicitar la colaboración de otras unidades administrativas responsables en la materia, así como del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y de otras organizaciones internacionales y no gubernamentales interesadas>>. La referencia a concretos beneficiarios del sistema de evacuación pudiera dar a entender que pudiera restringirse respecto al colectivo contemplado por la Directiva. En atención al tenor de la misma no es el caso.

Por otro lado, cabe recordar que por aplicación del art. 3.3 de la Directiva europea tanto el establecimiento como 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. En este sentido, la coordinación con éstas en caso de aplicación de la acogida vía evacuación ha de realizarse, como norma de obligado cumplimiento y no como mera posibilidad.

²³ Walter KÄLIN considera ésta 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. KÄLIN, W. "Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism", *op. cit.*, p. 211.

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

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 puede agotarse y esa perspectiva no tendría en cuenta una distribución equitativa de las cargas en términos globales, es decir, respecto a la comunidad internacional en su conjunto²⁵.

En ese caso, no sólo se pudieran tomar en consideración aquellas 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 dictados de la Política Exterior y de Seguridad Común. Aunque esté pensado sustancialmente para esos casos, el mecanismo de evacuación, en la medida en que 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 población²⁶.

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, el juego de equilibrios institucional y estatal diseñado en la Directiva proporcionará importantes garantías a este respecto.

2. LA INCIDENCIA EN EL RETORNO DE LOS DESPLAZADOS COMO TÉRMINO NATURAL DEL SISTEMA. LA TEMPORALIDAD DE LA PROTECCIÓN.

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

²⁵ En cualquier caso Rainer 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.

²⁶ 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 otorgan 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 (...)*". 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.

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, por lo que, 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. 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>>

De esta forma, el 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. 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 Temporal²⁷.

En la configuración de la acogida se parte de la creencia en la *interinidad 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’²⁸.

Resulta, por tanto, un sistema protector para una situación extraordinaria y circunstancial y, en esa medida, el regreso se convierte en la solución connatural e incluso deseable, puesto que será sinónimo de que las circunstancias objetivas que provocaron el flujo un sacrificio siempre, han desaparecido. De alguna manera, acudiría a la fuente del

²⁷ 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 Temporal—, no consideramos que sea el colectivo al que va dirigido el sistema protector el 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 ellos.

Lo mismo sucede con el 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 incida tanto en el estatuto de los refugiados y, por consiguiente, en sus posibilidades de integración en el país de refugio (véanse, *i.e.* artículos 12 a 24 del Convenio de Ginebra de 1951) más que en las posibilidades de un retorno que ni siquiera regula.

²⁸ ACNUR. Comité Ejecutivo. *Conclusión General sobre la Protección Internacional*, n° 74 (XLV), 1994 (45° periodo de sesiones del Comité Ejecutivo), para. u.

problema, consiguiendo siempre que el retorno sea posible, evitar así lo que se ha venido a llamar el “institucionalizing exile”²⁹. 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 origen. 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 forzosa.

La cuestión surge, fundamentalmente, cuando, transcurrido el plazo máximo que el régimen europeo ha dispuesto, esas circunstancias no han cambiado. *A priori* 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/o subjetivas.

Por un lado, 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, y en atención a las circunstancias subjetivas, puede que los desplazados aún sean acreedores de protección internacional (piénsese en aquellos que estén en disposición de solicitar asilo en los Estados miembros, supuesto éste que han de garantizar como obligación jurídica que les asiste artículos 17 a 19 de la Directiva), o que 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 Directiva véase como botón de muestra, la regulación en remisión al derecho interno estatal efectuada por la misma, en su artículo 20.

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

²⁹ GOODWIN-GILL se refiere a este concepto al analizar las bondades de la repatriación 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*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 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”, en *ICLQ*, vol. 47, 1998p. 600—). Sin retorno, se *institucionalizaba* la división.

ejemplo en los modelos de protección temporal nacionales o en las características de la Protección Subsidiaria). Se trataría de posibilidades 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.). 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).

a) El regreso o repatriación voluntaria.

El artículo 21 de la Directiva 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* (...)>>³⁰.

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 efecto³¹. 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 (artículos 22.2 y 23 de la Directiva), aún sin contar con el beneplácito de los mismos.

³⁰ La cursiva es de la autora.

³¹ 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. Así el párrafo tercero estipula: <<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>>. 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 deseable 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.

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 de cesación (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.

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, *v.gr.*, 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).

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*³²; 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 considerar.

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

³² El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados considera que contar con la voluntad de los refugiados en el proceso procura mayores garantías respecto al desarrollo ulterior del mismo. 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.

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*³³. 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 desplazados³⁴.

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*. El requisito de la dignidad en el regreso, la voluntariedad y la información sobre dicho regreso se entremezclan en una suerte de imbricación sin que cada uno tenga sentido por sí solo, o sea posible garantizar, sin atender al otro.

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 (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 omnicompreensiva consideramos que es la deseada por las instituciones comunitarias.

Sin embargo, la Directiva no establece una regulación de mínimos para el programa de regreso voluntario, ni sus aspectos sustantivos ni en los procedimentales.

³³ 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.

³⁴ Consideramos del todo determinante, no sólo el *contenido* de la información sino también, la *forma de transmisión* de la misma. 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. 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 convertiría en una repatriación forzosa velada y, por tanto, contraria al principio de *non refoulement*.

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.

b) La repatriación forzosa.

El hecho de 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.

Los artículos 22 y 23 de la Directiva 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 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.

Tres son las condiciones indispensables para el despliegue de sus efectos³⁵: 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. Todas y cada una persiguen una única finalidad, ésta es, el cumplimiento con las obligaciones que derivan del principio de *non refoulement* y bajo esa dimensión, son requisitos fuertemente interconectados.

III. LA SOLIDARIDAD COMO BASE DEL SISTEMA. EL DISPOSITIVO DE DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE LAS RESPONSABILIDADES FÍSICAS Y FINANCIERAS EN TORNO A LOS DESPLAZADOS.

La concepción del asilo —sin previsiones normativas específicas en torno a la necesaria distribución equitativa de la responsabilidad en torno a los desplazados entre los Estados signatarios³⁶— hacía prever un desigual reparto de la carga en función de particularidades geográficas o de proximidad a los países originarios del exilio. El Estado de

³⁵ 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>>.

³⁶ El llamamiento del Preámbulo del Convenio ginebrino (Considerando número 4) o del Acta Final de la Conferencia (Sección IV D) 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 respecto a los refugiados fuera asumida de forma equitativa por los Estados parte.

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 Hathaway³⁷, 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 internacional³⁸, deseo éste que no obtiene mayor reflejo en el texto dispositivo que el indirecto que puede deducirse del artículo 35 del Convenio, mediante el que los Estados se comprometen a cooperar con ACNUR, tanto a través de una cooperación asistencial (reparto de responsabilidades de carácter financiero), como a través de la colaboración en programas de reasentamiento (reparto de responsabilidades de carácter físico).

Se produce, así, una interacción entre el problema de los flujos en masa y sus dispositivos de *temporary refugee* y, más tarde el de Protección Temporal, de un lado, y el principio de solidaridad y responsabilidad compartida (*burden sharing o responsibility sharing*), de otro. La imbricación llega a tal extremo que pudiera parecer que estas nuevas respuestas jurídicas basadas en la acogida territorial no obtendrían cobertura estatal a menos que se garantizara la cooperación internacional de los países no afectados por dichos desplazamientos³⁹. Resultaría que sólo con asistencia internacional, los Estados más cercanos se hallarían en disposición de aceptar personas en grandes proporciones con el riesgo evidente que conlleva de considerar el principio de solidaridad *conditio sine qua non* para la acogida, poniendo en evidencia las dificultades en torno a la naturaleza jurídica de dichas obligaciones.

En nuestro caso concreto, 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. 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; pudiera decirse que a mayor

³⁷ HATHAWAY, J.C. "Making International Refugee Law Relevant Again", en *Harw.Hum.Rts.J.*, vol. 10, 1997, p. 141.

³⁸ Doctrina tan especializada como Carrillo Salcedo o Fonteyne 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 Derecho Internacional de los Derechos Humanos pudieran ofrecer nuevas perspectivas en una lectura teleológica del 'deber de cooperación internacional' propuesto en estos instrumentos. *Cfr.* CARRILLO SALCEDO, J.A. "Refugiados y Solidaridad Internacional", en *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, (Fernández Sánchez, P. A. coordinador), Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pp. 184-185. 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. 162-188.

³⁹ Nótese cómo en 1979 y con el fin de promover el asilo temporal que a la sazón se hallaba seriamente amenazado en el sudeste asiático, los países occidentales acordaron aceptar grandes contingentes de refugiados en una manifestación del principio de solidaridad internacional y reparto de la carga.

disponibilidad de los Estados respecto a la acogida, mayores posibilidades de activación del dispositivo⁴⁰. 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 carga⁴¹.

El principio de *burden sharing* expresión de la solidaridad internacional inicialmente formulada, conserva inmutable tanto la concepción originaria como su materialización en la distribución de responsabilidades físicas (reparto de desplazados entre diferentes países) y financieras (distribución de la ayuda económica). En consecuencia, la evolución que han experimentado los dispositivos que enfrentan los desplazamientos a gran escala se manifiesta en su necesidad de concreción. Es decir, en la determinación precisa de la obligación de acogida (a través de disposiciones con vocación de permanencia y no de carácter *ad hoc*), así como su manifestación, a saber el reparto de responsabilidades físicas y financieras.

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.

Un ejemplo paradigmático de esta tensión dialéctica puede comprobarse en la gestación de la 'solidaridad comunitaria' nacida entre la necesidad fáctica y las dificultades para el consenso; entre la evidencia de que la concepción clásica y la distribución de la responsabilidad a nivel global contribuciones financieras a ACNUR y colaboración en programas de reasentamiento para personas especialmente vulnerables, exigía mayor compromiso de unos países aventurados en una dinámica de integración, y las deficiencias manifestadas, de forma especial, en lo que se refiere a la distribución equitativa de desplazados entre los Estados miembros. Tal y como concluíamos respecto a la solidaridad internacional, 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

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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". CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. *Recomendación n° R (2000) on Temporary Protection*, 3 may 2000.

R. Hofmann matiza que si bien en los primeros instrumentos jurídicos sobre la materia adoptados en 1997 y 1998 apenas consideran este aspecto, a partir del Tratado de Ámsterdam y con una base jurídica más consolidada (artículo 63. 2.b), adquiere una extrema relevancia para la articulación de un modelo de Protección Temporal. En este sentido, la intervención alemana resulta fundamental. Cfr: HOFMANN, R. "Das Konzept des Vorübergehenden Schutzes (Temporary Protection): Regionale Völkerrecht durch Art. 63 Abs. 1 nr.2 EGV", *op. cit.*, p. 886.

acuerdo sobre la asistencia financiera, con relativa facilidad, que lograba paliar en alguna medida las dificultades de consenso manifestadas en otros aspectos⁴².

Los Estados se han mostrado reacios a asumir nuevas obligaciones multilaterales respecto a los desplazados forzosos, especialmente, en ausencia de un auténtico *responsability sharing*⁴³. Así, al *desinterés* mostrado en los prolegómenos de la conflagración sobre las necesidades en torno a la solidaridad respecto a los desplazados, 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 acogida 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 comunitarias. En último término, cuando los acuerdos sobre responsabilidad compartida resultaban ineludibles, nos encontramos con la *ausencia de consenso* en torno a los concretos criterios de distribución de la asistencia y acogida de los desplazados; —ésta última se ha convertido en una discusión inacabada—. En consecuencia, se adoptan medidas nacionales individuales para atender los flujos de población, por lo que la protección temporal se proporcionó en los Estados miembros sin coordinación⁴⁴.

⁴² 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 euros. Cifra aportada por la Comisión Europea. *Propuesta de Directiva de 2000*, Exposición de Motivos, para. 3.3, p. 6.

⁴³ 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 place 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.

⁴⁴ 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 estuvieron 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 Herzegovina—. No se aplicaron nunca, ni siquiera en el marco de la crisis de Kosovo de la primavera de 1999.

Con posterioridad —en el marco de la Unión Europea—, 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*.

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 solidaridad. De hecho la doble base jurídica que se observa en el Tratado de Amsterdam no hace más que incidir en la misma idea (art. 63.2.a y b TCE). Sin embargo, finalmente se consigue el suficiente acuerdo sobre ambos aspectos como para incluirlos en un solo instrumento (salvedad hecha de

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.

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 final de la proximidad geográfica con el foco de conflicto⁴⁵. La necesidad de crear mecanismos concretos y eficaces para la gestión de los flujos masivos, con la participación de todos los Estados miembros, en el futuro, resultaba, pues, un asunto de imperiosa urgencia.

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 instrumentos adoptados en su servicio, ha servido para poner en evidencia las deficiencias del sistema, 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.

b) El reparto de las responsabilidades de carácter financiero. El Fondo Europeo para Refugiados (FER).

Con base jurídica en el artículo 63.2.b) TCE y ante el convencimiento de que las cargas que supone la acogida de desplazados evidencia la precariedad de las ayudas económicas se adopta la Decisión del Consejo, de 28 de septiembre de 2000 por la que se crea el FER: 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 acogida.

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.

⁴⁵ Los países más afectados fueron Alemania —que albergó el 53% de toda la población desplazada en la Europea occidental—, Austria y Suecia. 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.

El *Humanitarian Evacuation Programme (HEP)*, consiguió aliviar a los países más cercanos pero, de nuevo con una distribución desigual en los Estados miembros.

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: UNHCR/IOM 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.

Superada la tendencia meramente compensatoria y de carácter *ad hoc* de los primeros instrumentos creados al efecto —especialmente, las ‘acciones piloto’⁴⁶—, se consigue configurar un dispositivo con vocación de permanencia —no en vano cuenta con una planificación plurianual y una dotación inicial de 216 millones de euros— objetivos generales, por cuanto no sirve, en exclusiva, para atender casos de emergencia sino que conforma el completo ‘sistema europeo común de asilo’⁴⁷, y netamente comunitario al tratarse de un sistema se activa a iniciativa del Estado afectado pero se decide en última instancia por la Comisión en un modelo, en cualquier caso, descentralizado de gestión.

Más allá del reconocimiento de sus ambiciones modestas es posible afirmar, de igual forma, su carácter extraordinario por cuanto no existe semejante instrumento a nivel internacional, con lo que ello puede suponer de evolución y posible efecto docente. Sin duda se trata de un mecanismo que coadyuva a equilibrar los gastos de la acogida y, así, a atemperar la voluntad estatal contraria a la misma. Se logra, en definitiva, que la financiación de las cargas asociadas a tales conflictos no dependan de la voluntad aleatoria de los Estados sino que se cuenta con una base sólida, con criterios preestablecidos y procedimiento predeterminado que lo hace menos voluble a los intereses circunstanciales.

c) El reparto de responsabilidades de carácter físico: la exigencia del “principio de doble voluntariedad”.

Es en este tema donde se hallaba, en realidad, el principal escollo para el logro del suficiente consenso en torno a la configuración de la solidaridad comunitaria. Con objeto de obtener mayores frutos de aquellos que pudiera deparar la simple cofinanciación de la carga asociada a los exilios, algunos Estados miembros —principalmente Alemania, el país más abrumado por este fenómeno—, consideraban imprescindible proceder a la distribución entre los diferentes Estados miembros de aquellos beneficiados por la Protección Temporal, posibilidad

⁴⁶ 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 propuesta—, se fueron subsanando a través de mecanismos particulares (‘acciones 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 (v.gr. 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 n° L, 144, de 01.05.1999, pp. 02-05). 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.

⁴⁷ 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>>.

ésta que, por otro lado, no dejaba de plantear importantes interrogantes de orden jurídico y práctico.

La problemática se puede resumir en las siguientes cuestiones:

la distribución de personas entre los Estados miembros ¿ha de ser fruto de una decisión comunitaria 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 dejaron sin respuesta jurídica a las demás.

La Directiva vigente establece en su artículo 25.1 que los Estados acogerán con espíritu de solidaridad comunitaria a las personas que puedan optar al régimen de Protección Temporal⁴⁸. 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, el llamado 'principio de doble voluntariedad'. 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.

Por lo que respecta al consentimiento de los Estados, si bien es cierto que son éstos los que siguen decidiendo *si comparten* y *cuánto comparten*, una vez incoado 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.

Ante la posibilidad de que un número destacado de Estados no mostrara su disposición de acogida y ello 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

⁴⁸ 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>> (la cursiva es de la autora)

una condición de acogida, algo que se había criticado por parte de todos los sectores como inevitable incumplimiento del principio de *non refoulement*) 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.

Quiérase 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 como presupuesto de hecho 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.

Por lo que respecta al consentimiento de los desplazados, el artículo 25 en su segundo apartado dispone la necesidad del consentimiento expreso de éstos de cara a su distribución entre los Estados miembros⁴⁹.

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 DIR?. 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

⁴⁹ Artículo 25.2 de la Directiva: <<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*>>. La cursiva es de la autora.

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*.

producirse si un refugiado fuera compelido a ir a un Estado cuyo estándar fuera más reducido que aquel donde llegó⁵⁰.

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 e s de presumir que tras la transposición de la norma de Derecho derivado , 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.

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.

CONCLUSIONES.

A pesar de que la práctica de conceder protección sobre una base temporal tiene una historia prolongada en el tiempo, no es menos cierto que su conceptualización resulta relativamente novedosa, pues comienza en la década de los ochenta años de relevantes experimentaciones en torno al asilo, y ya es posible considerar que se trata de un concepto que adquiere nuevas perspectivas en los noventa, evolución cuyo resultado viene a sistematizar y proyectar la Directiva objeto de estudio.

En suma y a resultados de todo lo anterior, obvio es decir que la Directiva de Protección Temporal, más allá de su carácter singular de norma de Derecho derivado, conserva en su articulado mayores consecuencias de las que *a priori* cabría suponer.

Efectivamente, se trata de una norma histórica por cuanto primer instrumento jurídico que establece la obligación jurídicamente vinculante de acogida temporal para un conjunto de Estados, a través de una norma abstracta, general y con vocación de permanencia. La Directiva, en efecto, no se circunscribe a un caso concreto, no está diseñada para un supuesto tipo. Ninguno de sus precedentes reunía esas notas o peculiaridades a un tiempo.

La concreción de las obligaciones jurídicas (acogida, solidaridad, etc.) y las particularidades del dispositivo, más allá de su renombrado efecto pragmático⁵¹ y en atención a las características analizadas en este trabajo, obtiene como resultado la importante ampliación de los colectivos de personas que pueden ser objeto de protección internacional. La interinidad

⁵⁰ HATHAWAY, J.C. "Making International Refugee Law Relevant Again", *op. cit.*, pp. 145-146.

⁵¹ Véase *inter. alia* los parabienes de la Protección Temporal citados por la *Declaración de Niebla sobre la Revitalización de la Protección de los Refugiados*, en la cual se afirma que:

<<La Protección Temporal puede constituir un mecanismo de emergencia útil y eficaz para proporcionar protección inmediata en situaciones de flujos masivos (...)>>.

Declaración de Niebla sobre la Revitalización de la Protección de los Refugiados, en (Fernández Sánchez, Pablo A. editor), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, Declaración número 5, p. 346.

de la acogida y el compromiso de solidaridad, en la distribución de las responsabilidades asociadas a la misma, permiten considerar un mayor ámbito de aplicación del dispositivo, de tal forma que va más allá de los peligros clásicos definidos en Ginebra para adecuar los beneficiarios de la acogida a las nuevas realidades que presentan los conflictos internacionales, no sólo en cuanto al motivo que se halla en el origen del exilio sino también, con la creación de un instrumento geográficamente neutro que, a través de las posibilidades que ofrece el mecanismo de la evacuación, pudiera contribuir, de forma definitiva, a coadyuvar en las exigencias de solidaridad internacional.

De igual forma, la incidencia en el retorno de los desplazados a su lugar de procedencia, bajo el compromiso de la 'dignidad humana' y el 'conocimiento de causa', supone importantes obligaciones directas en lo que se refiere a la consecución de un regreso bajo tales circunstancias, así como de obligaciones indirectas, pues obliga al establecimiento de un diálogo entre el país de acogida y el país de origen con objeto de que se produzca la necesaria interacción de consuno que logre la eliminación de las causas que dieron lugar al exilio. Se trata de una clara responsabilidad adquirida para el efectivo arreglo pacífico de controversias internacionales, marco éstas de los éxodos masivos

Para concluir y situándonos en un ámbito de abstracción mayor, no podemos sino hacer referencia a la influencia internacional de dicha regulación de ámbito comunitario pero con una clara proyección exterior. La ausencia de regulación concreta a nivel de la comunidad internacional en su conjunto 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 del estatuto humanitario mínimo estipulado por la norma de Derecho derivado.

Se trata, por tanto, de un acto normativo de una Organización internacional que entra en interacción con una norma general de Derecho consuetudinario aquella que dispone 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, para consolidar y perfeccionar la obligación, en tanto que genera seguridad jurídica y reduce la considerable libertad de los Estados, pues aborda todas las fases de la acogida y crea un dispositivo que atiende al fenómeno desde una perspectiva omnicompreensiva.

Summary

On 20th July 2001, the *Council Directive 2001/55/EC 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* is adopted. Beyond its specificity as singular norm, it entails important consequences not only for the Communitarian Law- as essential complement to the *in fieri* 'common policy on asylum'-, but also for the International Refugee Law, as it improves the temporary model of protection born in its sine. Indeed, for the first time in Public International Law, a norm of Secondary Law supposes the setting up of one abstract, general and with permanence vocation norm that establishes a binding obligation of temporary protection for mass influx situation in the terms in which it has been designed. It draws up a renewed territorial

asylum regime as an answer to the massive flows. The present study undertakes an assessment not only of the bases on which this kind of protection is born (its exceptional character for singular cases of mass influx; the temporary character of the protection oriented to the return of the displaced persons to his country of origin) but also of its implications (as basis of a system in which the solidarity is understood as an equitable responsibility-sharing regime) in order to research the keys of the evolution proposed by the Directive.

Résumé

La Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil au delà de sa spécificité en tant que norme singulière, entraîne des conséquences importantes non seulement pour le Droit Communautaire – étant donné sa condition de complément essentiel du *in fieri* 'régime d'asile européen commun', mais également pour le Droit International du Réfugié, puisqu'elle améliore le modèle de protection temporaire présent. Pour la première fois au sein du Droit International Public, une norme abstraite, générale et avec une vocation de permanence établit une obligation pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées dans les limites dans lesquelles elle le fait. Elle a instauré un régime renouvelé d'asile territorial comme réponse aux déplacements massifs. La présente étude est dédiée à l'évaluation des piliers pour ce genre de protection (son caractère exceptionnel pour des cas singuliers d'afflux massif; le caractère provisoire du séjour, orienté au retour des personnes déplacées à leur pays d'origine) et à celle de ses implications (elle apparaît comme la base d'un système où la solidarité est conçue comme un équilibre entre les efforts consentis entre les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil) afin de rechercher les clefs de l'évolution proposée par la Directive.