

**LA PRIMERA ACTIVACIÓN DE LA DIRECTIVA
2001/55/CE. ENTRE LOS LÍMITES RESTRICTIVOS DE
SU ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL Y LAS
BONDADES DE SU MODELO DE SOLIDARIDAD
INTERESTATAL EN LA ACOGIDA DE LAS PERSONAS
DESPLAZADAS DESDE UCRANIA**

***THE FIRST ACTIVATION OF DIRECTIVE 2001/55/EC.
BETWEEN THE RESTRICTIVE LIMITS OF THE SCOPE
OF PERSONAL APPLICATION AND THE MERITS OF ITS
MODEL OF INTERSTATE SOLIDARITY IN THE
RECEPTION OF DISPLACED PERSONS FROM UKRAINE***

NURIA ARENAS HIDALGO*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL Y PERSONAL DE LA DECISIÓN DE EJECUCIÓN Y A QUIÉNES DEJA FUERA DE LA SOLIDARIDAD EUROPEA. III. EL FOMENTO DE UN ESFUERZO EQUITATIVO ENTRE LOS EMS. LA MEDIDA MÁS INSÓLITA: LA SOLIDARIDAD A EXPENSAS DE LA LIBRE ELECCIÓN. IV. LAS AFLUENCIAS MASIVAS EN CONTEXTOS DE CRISIS. PROPUESTAS EN EL MARCO DEL NUEVO PACTO EUROPEO DE MIGRACIÓN Y ASILO.V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Este estudio tiene como objeto analizar la primera activación de la Directiva 2001/55/CE, a raíz de la adopción de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, en el caso del desplazamiento masivo de personas procedentes de Ucrania. El análisis pone especial énfasis en las dos cuestiones que han despertado mayor debate científico: el ámbito de aplicación *ratione personae*, así como las medidas adoptadas para lograr el fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para asumir las consecuencias de la acogida, y que conectan con las cuestiones relativas a la solidaridad interestatal que, en este caso y de manera inaudita, queda a expensas de la libre elección de las personas desplazadas. A todo ello se suma un apartado sobre las propuestas de reforma de la Directiva incorporadas en el Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo, que necesariamente tendrán que ser reconsideradas a la luz de esta experiencia práctica.

Fecha de recepción del trabajo: 4 de noviembre de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 12 de diciembre de 2022.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Huelva: nuria@dpub.uhu.es. Miembro del Centro de Investigación en Pensamiento Contemporáneo e Innovación para el Desarrollo Social (COIDESO). Estudio realizado en el marco del Proyecto “Teorías de la justicia y Derecho global de los derechos humanos”. Financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI). Referencia del proyecto/AEI/10.13039/501100011033.

*ABSTRACT: This study analyses the first activation of Directive 2001/55/EC, following the adoption of the Council Implementing Decision (EU) 2022/382, establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine. The analysis places special emphasis on the two issues that have sparked considerable scientific debate: the scope of application of *ratione personae*, as well as the measures adopted in order to promote balanced efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof. They connect with issues related to interstate solidarity which, in this case is, surprisingly, at the expense of the free choice of displaced persons. In addition, the last section presents proposals to reform the Directive, included in the New Pact on Migration and Asylum, which will necessarily have to be reconsidered as a result of this experience.*

PALABRAS CLAVE: Sistema Europeo Común de Asilo, Directiva 2001/55/CE, protección temporal, desplazamientos masivos, Ucrania, Decisión de Ejecución (UE) 2022/382

KEYWORDS: *Common European Asylum System, Directive 2001/55/EC, temporary protection, mass influx of displaced persons, Ukraine, Implementing Decision (UE) 2022/382*

I. INTRODUCCIÓN

La invasión rusa de Ucrania ha provocado un desplazamiento forzado de población, de tal magnitud, que se ha convertido en la peor crisis humanitaria de personas refugiadas en Europa y una de las mayores del mundo en la actualidad¹. En tan solo diez días, un millón ochocientos mil personas habían huido de la guerra². La dimensión y velocidad del exilio lo han convertido, sin duda, en el éxodo masivo de crecimiento más rápido desde la Segunda Guerra Mundial³.

Las particularidades de la invasión y del desplazamiento de personas provocado por la misma ha dado lugar a una solidaridad inaudita por parte de la Unión y su ciudadanía. Las medidas institucionales adoptadas han supuesto un giro copernicano desde la política de “no entrada, externalización del control y criminalización de la solidaridad”, característica de las últimas décadas, a otra de “puertas abiertas y acogida inmediata”. La proximidad geográfica y cultural, la historia migratoria de los últimos años y la propia geopolitización del asilo son algunas de las razones esgrimidas para explicar un cambio

¹ ACNUR. Regional Bureau for Europe. Ukraine Situation Flash Update 33. 21 octubre 2022. Disponible en: <https://data.unhcr.org/es/documents/details/96361>.

² Según la Comisión, en los primeros días de marzo de 2022, más de 650.000 personas desplazadas habían llegado a la Unión Europea (UE) a través de Eslovaquia, Hungría, Polonia y Rumanía. Hasta 100.000 llegadas se registraron solo en Polonia. COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión por la que se proporcionan directrices operativas para la gestión de las fronteras exteriores a fin de facilitar el cruce de fronteras en las fronteras entre la UE y Ucrania (2022/C 104 I/01). Bruselas, 02.03.2022, p. 1. COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Solidaridad europea con los refugiados y con quienes huyen de la guerra en Ucrania. Estrasburgo, 8 marzo 2022, p. 2. En adelante: Comunicación “Solidaridad europea con los refugiados”.

³ ACNUR. Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2021. 16 junio 2022, p. 6.

de perspectiva⁴ que, si bien resulta bienvenido, no está exento de críticas en torno al intolerable doble rasero de la Unión en comparación con crisis anteriores⁵.

En el marco de este cambio de enfoque, la activación de la Directiva 2001/55/CE⁶ ha tenido un protagonismo relevante. La norma de Derecho derivado – adoptada a raíz del desplazamiento a gran escala provocado como consecuencia de la guerra en la Ex Yugoslavia– es el instrumento del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) dedicado a abordar los desplazamientos masivos de población, desde la perspectiva de la acogida protectora en el territorio de los Estados miembros (EMs), a través de un dispositivo de carácter excepcional, que se inicia a instancias de la Unión y que proporciona protección de carácter temporal, basada en un reparto de las cargas asociadas a dicha acogida⁷. En la medida en que los Estados europeos habían rechazado la posibilidad de proceder a un reconocimiento del estatuto de refugiado a grupos enteros de personas *prima facie*, esto podía suponer que los procedimientos de determinación individual de asilo propios de las tradiciones europeas resultaran inoperantes ante una llegada a gran escala. Con la adopción de la Directiva de 2001 se superaba dicho obstáculo al garantizar una acogida rápida, a través de procedimientos simplificados, que permitirían mitigar la presión sobre

⁴ GARCÉS MASCAREÑAS, B., ¿Por qué esta crisis de refugiados es diferente?, CIDOB Opinión, marzo 2022. La autora se hace eco de cómo diferentes medios y dirigentes políticos han hecho alusión a que estas personas “no son los refugiados a los que estamos acostumbrados, sino que son europeos”, marcando una diferencia por esa conexión geográfica y cultural. Al mismo tiempo, Garcés subraya cómo las personas de Ucrania han sido tradicionales –y deseados– migrantes económicos en la Unión, hecho que les ha permitido poder viajar sin visado a territorio común y crear una red de acogida en diferentes países. La percepción de la Unión de la crisis es radicalmente diferente a otras, lo que explica la política de fronteras abiertas. En palabras de Garcés: “Esa discriminación y la posibilidad de que se mantenga a la hora de acceder a la protección temporal dentro de la UE hace mucho daño. Adentro, porque una vez más recuerda a los ciudadanos europeos (...) que no siempre todos somos iguales. Y afuera confirma (...) los dobles estándares de una Europa que, a menudo, dice una cosa y hace otra”.

⁵ Varios trabajos académicos han analizado la respuesta proporcionada por la UE en el caso del desplazamiento desde Ucrania, en comparación con crisis migratorias anteriores, y llegan a la conclusión de que resulta un botón de muestra de la discriminación y racismo institucionalizado en la garantía del asilo en Europa. CARRERA, S., INELI-CIGER, M., VOSYLIUTE, L., BRUMAT, L., “The EU grants Temporary Protection for People fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policies”, *CEPS Policy Insight*, nº 2022-09/marzo 2022. En la misma línea pueden consultarse también los siguientes estudios publicados en el Forum on Temporary Protection, del Proyecto ASILE: Global Asylum Governance and the European Union’s Role: KOSTAKOPOULOU, D., “Temporary Protection and EU Solidarity: Reflecting on European Racism”; BUENO LACY, R., VAN HOUTOM, H., “The Proximity Trap: How Geography is Misused in the Different Treatment of Ukrainian Refugees to Hide for the Underlying Global Apartheid in the European Border Regimen”. En contra de tal premisa: SKORDAS, A., “Temporary Protection and European Racism”. Disponibles en: <https://www.asileproject.eu/eu-temporary-protection-responses-to-the-ukraine-war-and-the-future-of-the-eu-asylum-system/>

⁶ Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. DOCE L 212/12, 7 agosto 2001. En adelante, Directiva 2001/55 o Directiva de Protección Temporal.

⁷ Para un análisis preliminar de la Directiva, ver: GORTÁZAR ROTAECHE, C.J., “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un Derecho comunitario europeo en la materia”, *La revitalización de la protección de los refugiados*, (Fernández Sánchez, P.A. ed), Universidad de Huelva, 2002, pp. 242-245. ARENAS HIDALGO, N., *El Sistema de Protección Temporal de Desplazados en la Europa Comunitaria*, Universidad de Huelva Publicaciones, 2005, p. 27.

los sistemas nacionales de asilo, al tiempo que se mantienen unos estándares básicos de derechos humanos y un reparto de la responsabilidad entre los EMs, basado en las capacidades determinadas por cada país. El temor inicialmente expresado por la doctrina a que la Directiva fuera utilizada en detrimento de las obligaciones internacionales en materia de asilo⁸, dio paso a una realidad caracterizada por la ausencia de utilización y de interés en una norma que –en palabras del Abogado General Mengozzi– permite al SECA *tender a la exhaustividad* y cubrir así cualquier situación en la que un nacional de un país tercero o un apátrida que no pueda obtener protección por parte de su país de origen reclame la protección internacional en el territorio de la Unión⁹.

Habida cuenta de sus objetivos podía resultar la respuesta lógica al exilio de Ucrania, pero nada hacía presagiar su aplicación en este supuesto. Europa lleva años viviendo recurrentes crisis migratorias, algunas de ellas caracterizadas específicamente por el Tribunal de Justicia como “afluencia masiva de personas desplazadas” que, no obstante, no dieron lugar a la activación de la norma¹⁰. Diferentes iniciativas al respecto, tanto en 2011, 2014, o en el marco de la especialmente dramática crisis de 2015, se vieron frustradas, o bien porque aparentemente no se cumplían sus presupuestos, o bien porque las características de dicho procedimiento impedían, en el caso concreto, proporcionar una respuesta eficaz¹¹. De una forma u otra, la ausencia de voluntad política para aprovechar el potencial protector y de solidaridad de la Directiva –en gran medida provocada por una permanente crisis de solidaridad interestatal europea–, junto con la clara desconexión de la norma del resto de un SECA en evolución la convirtieron en una

⁸ La idea era que la Protección Temporal viniera a completar o salvaguardar el Convenio ginebrino, en caso de que un exilio de grandes proporciones no le permitiera funcionar correctamente. Sin embargo, existía cierto temor a que una arbitraria delimitación de lo que pudiera considerarse “afluencia masiva” y la excusa de inoperatividad del sistema tuviera como resultado la aplicación de un estatuto de carácter temporal, y con menos garantías, que el reservado para las personas refugiadas. ARENAS HIDALGO, N., “The concept of “mass influx of displaced persons” (about the European Directive that establishes the Temporary Protection System)”, *European Journal of Migration and Law*, 2006, dic 2005, n° 4, pp. 435-450.

⁹ Opinión del Abogado General Mengozzi, asunto *Diakité*, presentadas el 18 de julio de 2012, apdo. 60. ECLI:EU:C:2013:500.

¹⁰ TJUE. Sentencia del 6 de septiembre de 2017, República Eslovaca y Hungría/Consejo (c-643/15 y C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631).

¹¹ Tras el desplazamiento de más de 650.000 personas de Libia en 2011, algunos eurodiputados, así como los gobiernos italiano y maltés pidieron a la Comisión que propusieran activar la Directiva. Sin embargo, la Comisaria Malmström dijo en aquel momento que: “It is still premature to activate the Temporary Protection Directive and there are other ways to help Malta and Italy”. En 2014, a pesar de que las llegadas a Italia se habían incrementado un 277 % comparadas con las registradas en 2013, el Comisario Avramopoulos consideró que: “In view of the scale of the influx and the manner in which these persons' asylum applications have been handled, the Commission considers that a proposal to trigger the EU wide temporary protection regime provided by the TPD would not be justified in the present circumstances”. De igual forma, en 2015, y tras el desplazamiento de más de un millón de personas, la diputada Gardini preguntó a la Comisión si se daban las condiciones para activar el dispositivo. Una vez más el procedimiento no se inició. INELI CIGER, M., “Time to Activate the Temporary Protection Directive. Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe”, *European Journal of Migration and Law*, 18 (2016), p. 13. INELI CIGER, M., 5 Reasons Why: Understanding the Reasons behind the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 7 marzo 2022. BEIRENS, H., MAAS, Sh., PETRONELLA, S., VAN DER VELDEN, M., *Study on the Temporary Protection Directive. Final Report, op. cit.*, p. 14.

disposición considerada “obsoleta”¹², cuya derogación está prevista en el Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo, presentado en 2020¹³.

Contra todo pronóstico y superando, en tiempo récord, todos los obstáculos identificados durante años como hándicaps aparentemente insuperables para su activación¹⁴, la Comisión Europea propone la iniciación del procedimiento el 2 de marzo de 2022¹⁵ y, tan solo dos días más tarde, se adopta la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE, y con el efecto de que se inicie la protección temporal¹⁶. Como respuesta a dicho mandato, los EMs toman las medidas nacionales oportunas para que el dispositivo, y las medidas de transposición del mismo adoptadas hace años, pudieran desplegar plenos efectos¹⁷.

¹² INELI CIGER, M., “Has the Temporary Protection Directive Become Obsolete? An Examination of the Directive and Its Lack of Implementation in view of the Recent Asylum Crisis in the Mediterranean”, en BAULOZ, C., INELI-CIGER, M., SINGER, S., STOYANOVA, V., (Eds), *Seeking Asylum in the European Union: Selected Protection Issues Raised by the Second Phase of the Common European Asylum System*, Brill, 2015, p. 237-238.

¹³ COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y asilo. COM (2020) 613 final. Bruselas, 23 septiembre 2020, p. 10. En adelante: Propuesta de Reglamento de Crisis.

¹⁴ La indeterminación del concepto de “afluencia masiva”, el supuestamente largo y complejo procedimiento de activación, la dificultad de obtener mayoría cualificada en el Consejo, el potencial factor de atracción migratoria del dispositivo, el amplio estándar de derechos o el requisito de doble voluntariedad, tanto de los Estados como de las personas desplazadas para desplegar sus efectos. INELI-CIGER, M., *Temporary Protection in Law and Practice*, Brill, 2018. BEIRENS, H., MAAS, Sh., PETRONELLA, S., VAN DER VELDEN, M., Study on the Temporary Protection Directive. Final Report, *op. cit.*, pp. 34-36.

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania a tenor del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, y entra en vigor la introducción de la protección temporal. COM (2022) 91 final. Bruselas, 2 marzo 2022. En adelante: Propuesta de Decisión de Ejecución.

¹⁶ UE. Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022. DOUE L 71/1, 4 marzo 2022. En adelante: Decisión de Ejecución (UE) 2022/382.

¹⁷ El artículo 39 de la Directiva 2001/55/CE establecía la obligación para los EMs de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 1, 2, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 a más tardar el 21 de diciembre de 2013. Con bastante antelación, España da cumplimiento a esta disposición a través del 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. En adelante, Reglamento de Protección Temporal español. Tras la adopción de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, se publica la Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania. *BOE*, núm. 59, 10 marzo 2022. Dicha norma tiene como objeto complementar las previsiones del Reglamento de Protección Temporal español, para el reconocimiento individual de la protección temporal, en el caso concreto de las personas desplazadas por el conflicto en Ucrania (art. 1). Sobre el desarrollo del procedimiento en España, véase: AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “La “afluencia masiva de personas desplazadas” desde Ucrania y su protección temporal en la Unión Europea y España. La activación de la Directiva 2001/55/CE”, *Revista General de Derecho Europeo* 57, 2022, pp. 103-112.

La página web de la Agencia Europea de Asilo (EUAA) ofrece información sobre las medidas legislativas adoptadas por los Estados europeos en aplicación de la Decisión de Ejecución. Puede consultarse un mapa interactivo en: <https://whoiswho.euaa.europa.eu/Pages/Temporary-protection.aspx>. Y también se dispone

Más de veinte años después de su entrada en vigor, la primera norma adoptada en los albores de la construcción del SECA ha podido, por fin, dar cuentas de sus bondades, al proporcionar protección temporal a casi cinco millones de personas, al tiempo que ha evitado el colapso de los sistemas nacionales de protección internacional¹⁸.

Del análisis de su aplicación, destacan dos cuestiones que son las que han propiciado mayor discusión científica, estas son, el aspecto en que la norma de ejecución limita el potencial protector de la Directiva (a qué personas se proporciona protección); y aquel en que la disposición ha aprovechado al máximo sus posibilidades (de qué manera se reparten los esfuerzos de manera equitativa entre los EMs). Estos son, además, los temas que, en gran medida, pueden marcar la agenda del debate sobre el Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo. Por ello, este estudio se centra en el examen del ámbito de aplicación *ratione personae*, así como las medidas adoptadas para lograr el fomento de un esfuerzo equitativo entre los EMs para asumir las consecuencias de la acogida. Al hilo del examen de quién puede ser beneficiario de la Directiva, se valoran aspectos relativos a la cualidad de la afluencia masiva, las coordenadas geográficas y temporales, así como los peligros asociados a la huida. Se trata de elementos que delimitan el ámbito de aplicación personal del procedimiento, y que destacan por la diversidad de trato que permiten entre las personas desplazadas procedentes de Ucrania, únicamente basado en el origen nacional de las mismas, y que no encuentra sustento en la norma de Derecho derivado. A continuación, se estudian las medidas adoptadas en materia de solidaridad interestatal que, en este caso y de manera inaudita, queda a expensas de la libre elección de las personas desplazadas, marcando un hito en el desarrollo del SECA. A ello se suma un apartado sobre las propuestas de reforma, en esta materia, del Nuevo Pacto Europeo. El estudio finaliza con unas conclusiones.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL Y PERSONAL DE LA DECISIÓN DE EJECUCIÓN Y A QUIÉNES DEJA FUERA DE LA SOLIDARIDAD EUROPEA

El dispositivo de Protección Temporal supone la respuesta jurídica de la Unión a los desplazamientos masivos de población. No obstante, no se trata de otorgar acogida a todas aquellas personas que pudieran desplazarse en masa hacia territorio europeo, sino que el sistema va a ser más selectivo. El desplazamiento a gran escala va a ser una condición determinante, pero no el criterio exclusivo de definición del ámbito de aplicación personal. A este último se ha de añadir que las personas procedan de un país o región específica, así como que se hayan desplazado en un marco temporal preciso –ambos supuestos a determinar en la decisión de ejecución– y que se hayan visto expuestas a unas “amenazas” respecto de las cuales, los EMs –a través de este instrumento– han adquirido específicas obligaciones de protección. Son, pues, tres las coordenadas que definen el ámbito de aplicación *ratione personae* del dispositivo y que pueden deducirse de la

de información adicional en la página Ukraine Crisis: Data and Analysis: <https://euaa.europa.eu/ukraine-crisis-data-and-analysis>.

¹⁸ Según ACNUR, a 25 de octubre de 2022, se habían registrado un total de 4.426.745 personas. Ver: <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>

lectura combinada de los artículos 2 a), c), d), 3.4, 7 y 28 de la norma de Derecho derivado: la manifestación en forma de afluencia masiva; unos requisitos geográficos y temporales; así como la definición de unos peligros específicos como causa última del desplazamiento.

1 La cualidad de afluencia masiva

Si bien la Directiva dedica un artículo específico a la definición de “afluencia masiva”, lo cierto es que se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación al caso concreto, va a formar parte del margen de apreciación del Consejo¹⁹. En el artículo 2 d), tan solo se indica que será “un número importante de personas desplazadas, procedentes de un país o zona geográfica determinada, independientemente de que su llegada se haya producido de forma espontánea o con ayuda, por ejemplo, de un programa de evacuación”. No se disponen de más datos que nos ayuden a entender cuándo un desplazamiento podría llegar a alcanzar la cualidad de *masivo* o cuando esos números se considerarían *importantes*. Durante los trabajos preparatorios de la Directiva, la Comisión ya había anunciado que una llegada gradual de personas no podía considerarse afluencia masiva y que, salvo que se tratara de unas cifras incontestables, resultaba imposible cuantificar qué se entendía por flujo masivo²⁰. Pero el problema no es tanto que se trate de una evaluación inasequible. La indeterminación del concepto no debe verse como una anomalía, sino como una decisión consciente de la Directiva. Existe una renuncia expresa a que la norma establezca, de manera precisa en términos cuantitativos o con algún tipo de umbral de referencia, cuando un exilio podría considerarse de tal magnitud. Así, serán las Instituciones que participan en la toma de decisiones las que establezcan, caso por caso, si se da esa circunstancia y con base en qué variables. De hecho, esa dependencia *ad hoc* es una de las características singulares del dispositivo²¹.

Con objeto de contrarrestar tamaño margen de discrecionalidad política, parte de la doctrina especializada ha reclamado que la definición haga referencia expresa a ciertos números de personas²². Sin embargo, la flexibilidad del concepto puede verse como una fortaleza que le permitiría adaptarse a diferentes tipos de circunstancias (flujos repentinos, graduales, en el contexto de una evacuación o una combinación de los anteriores), si bien ello va a depender de que haya voluntad política para sacar el máximo partido posible al instrumento. Lo único que podemos deducir del articulado es que todo apunta a que las

¹⁹ En virtud del art. 5 de la Directiva, la existencia de la afluencia masiva se constatará por una decisión del Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que puede actuar de oficio o a instancias de un EM.

²⁰ COMISIÓN EUROPEA. 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. Exposición de Motivos, explicación del artículo 2 d). COM (2000)0303 final, CNS 2000/0127, DO C 311, de 31 octubre 2000. Art. 2 d).

²¹ ARENAS HIDALGO, N., “The concept of “mass influx of displaced persons” (about the European Directive that establishes the Temporary Protection System)”, *op. cit.*, p. 438.

²² INELI CIGER, M., “Has the Temporary Protection Directive Become Obsolete? An Examination of the Directive and Its Lack of Implementation in view of the Recent Asylum Crisis in the Mediterranean”, *op. cit.*, p. 245.

circunstancias en las que está llamada a actuar la protección temporal se refiere a situaciones enteramente excepcionales, tal y como observó el Tribunal de Justicia en el asunto *N.S. y Otros*²³. Por un lado, obsérvese que se trata de servir a una situación de tal gravedad que requiera la atención de la Unión. Así, la Directiva no suprime los regímenes nacionales de acogida temporal, sino que crea uno distinto y complementario, precisamente para situaciones que hagan imprescindible una actuación a nivel supranacional. Por otro lado, y en atención al artículo 5.4.b), el Consejo debe basar su decisión de activar la Protección Temporal, teniendo en cuenta las posibilidades de ayuda de emergencia y de acciones *in situ* o su insuficiencia. En consecuencia, se trata de un dispositivo que entiende la acogida territorial, en estos casos, cuando se requiera la actuación conjunta de Instituciones y EMs, y con carácter subsidiario a iniciativas de carácter preventivo.

A parte de estas variables, se ha de tener en cuenta que la Directiva también se refiere a las *consecuencias* de ese *mass influx*. El artículo 2 a) establece que se garantizará protección inmediata y de carácter temporal, *en especial*, si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin *efectos contrarios* a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección. Durante la redacción de la Directiva, diferentes instancias habían solicitado a la Comisión que la acogida temporal fuera utilizada exclusivamente en los casos en que la capacidad del sistema de asilo resultara impracticable debido a la magnitud del exilio²⁴. Se trataba de una reclamación coherente con el fundamento de la creación del dispositivo, esto es, garantizar la propia supervivencia del sistema de asilo. La protección temporal le permitiría “funcionar bien, y no hundirse, en caso de afluencia masiva”²⁵. Finalmente, y a la vista de que determinadas delegaciones gubernamentales (Alemania, Austria, Francia, Italia y Reino Unido) se mostraron disconformes con el establecimiento de una dependencia absoluta entre la activación de la Protección Temporal y los efectos adversos en los procedimientos nacionales de asilo, se opta por una fórmula de consenso²⁶. Se incluye, así, ese inciso “en especial”, por el que se pretende su iniciación particularmente en esos casos, pero que no lo convierte en el requisito *sine qua non*, sino en un indicador más de la magnitud del desplazamiento²⁷. Establecer un vínculo inexorable reduciría el potencial del instrumento para estar al servicio de aquellas

²³ TJUE, Sentencia de 21 de diciembre de 2011, asunto *N.S. y Otros*, c-411/10 y c-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, apdo. 93.

²⁴ Según ACNUR, “What constitutes a “mass or large-scale influx” cannot be defined in absolute terms but must be defined in relation to the resources of the receiving country”. UNHCR, Commentary on the Draft Directive on Temporary Protection in the Event of a Mass Influx, 15 septiembre 2000. En opinión de ECRE, “The decisive factor is the incapacity of the national asylum procedure to deal with a large number of refugees”. ECRE. Observations of ECRE on the European Commission’s Draft directive on temporary protection and responsibility sharing. Enero 2001.

²⁵ COMISIÓN EUROPEA. 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. Exposición de Motivos, *op. cit.*, explicación del artículo 2 d), para. 1.4

²⁶ BEIRENS, H., MAAS, Sh., PETRONELLA, S., VAN DER VELDEN, M., Study on the Temporary Protection Directive. Final Report, *op. cit.*, p. 6.

²⁷ ARENAS HIDALGO, N., “The concept of “mass influx of displaced persons” (about the European Directive that establishes the Temporary Protection System)”, *op. cit.*, p. 444.

crisis de asilo geográficamente más alejadas de Europa y, por tanto, con menos posibilidades de desbordar los sistemas nacionales de protección. Si bien hoy día, habida cuenta de las tendencias en materia de protección en la Unión, resulta poco probable que se pudiera activar el procedimiento en esos casos, no deja de ser una hipótesis acorde con la letra y el espíritu de la norma, que la elevarían a instrumento al servicio de la solidaridad internacional.

En todo caso, no queda claro qué se entiende por *efectos contrarios* al buen funcionamiento del sistema de asilo y de las personas afectadas. De entrada, nada en la Directiva sugiere que haya de provocarse un colapso en las capacidades de todos los EMs²⁸. Además, a la vista de que el mecanismo incorpora un sistema de fomento equitativo del esfuerzo, sería lógico que fuera suficiente que sólo un Estado sufra las consecuencias adversas²⁹. Pero ¿cuáles son los límites que marcan la diferencia entre un buen o mal funcionamiento del sistema? ¿bastarían las fallas en el sistema de acogida o sería necesario también la indisposición de la garantía de acceso al procedimiento, en los plazos y en los términos establecidos en la normativa?

En el caso del desplazamiento masivo desde Ucrania, la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 constata, por primera vez en la historia, la existencia de una afluencia masiva a la Unión (art. 1), con el fin de proporcionarles protección temporal (considerando 10). Como hemos visto, si bien la Directiva no aporta elementos concretos de medición del flujo, se pueden deducir algunas claves definitorias (números importantes, situación excepcional, carácter subsidiario, efectos contrarios...) que, tras esta primera experiencia de activación del dispositivo, se puede comprobar si han resultado verdaderamente determinantes.

Los números son incontestables. El desplazamiento desde Ucrania es el mayor y más rápido desde que se tiene registro. La Decisión de Ejecución parte primero de unos hechos, a fecha de su adopción. Desde que se produjera la invasión armada, se constata la huida de miles de personas (considerando 2), y concretamente, a fecha de 1 de marzo de 2022, se indica que más de 650.000 personas desplazadas han llegado a la Unión a través de Polonia, Hungría y Rumanía (considerando 5). A partir de aquí comienzan las estimaciones. Dependiendo de cómo evolucione el conflicto, se indica que es probable que la Unión se enfrente a un gran número de personas desplazadas, posiblemente entre 2,5 millones y 6,5 millones. La mitad de las personas nacionales de Ucrania se acogerán a la exención de visado para estancias cortas y se reunirán con miembros de la familia o buscarán empleo en la Unión, mientras que la otra mitad, solicitarán protección internacional (se calcula que entre 1,2 millones y 3,2 millones) (considerando 6). Teniendo en cuenta estos datos, el Consejo llega a la conclusión de que es probable que la Unión se enfrente a una situación caracterizada por una afluencia masiva de personas desplazadas (considerando 7). La realidad, hoy día, ya ha superado estas previsiones³⁰.

²⁸ INELI CIGER, M., "Time to Activate the Temporary Protection Directive", *op. cit.*, p. 15.

²⁹ GLUNS, D., WESSELS, J., "Waste of Paper or Useful Tool? The Potential of the Temporary Protection Directive in the Current "Refugee Crisis"", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 36, 2017, p. 63.

³⁰ A 25 de octubre de 2022, el número de personas desplazadas desde Ucrania ya ha superado los siete millones (7.751.169). Ver: <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>

La Decisión se hace eco de la estimación de UNHCR (4 millones, considerando 6), y los números del Plan Regional de Respuesta a los Refugiados para Ucrania (considerando 8), dando cumplimiento así al mandato del art. 5.4 de la Directiva. Disponer de medios eficaces para realizar una valoración actualizada de las situaciones de crisis migratoria que permita a la Unión proporcionar una respuesta adecuada y conforme a los principios de buena gobernanza ha sido un hándicap del sistema de asilo, que se puso especialmente en evidencia en la crisis de 2015. Veinte años después de la adopción de la primera Directiva del SECA, el sistema dispone ahora de mecanismos de análisis del riesgo que se han puesto a disposición en el caso de Ucrania. Así, en el marco del Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo se incluye una Recomendación de la Comisión sobre un mecanismo de la UE para la preparación y gestión de crisis migratorias³¹, que establece como una de sus prioridades contribuir a una gestión más eficiente de la migración mediante el seguimiento y la anticipación de los flujos migratorios, el desarrollo de la resiliencia y la preparación, así como la organización de una respuesta a las crisis migratorias (recomendación 1). En su seno se crea la Red de preparación y gestión de crisis migratorias de la UE (la Red) que es la que ha proporcionado las pruebas sobre la magnitud potencial de los movimientos desde Ucrania, al tiempo que se han usado también las previsiones de las agencias de Naciones Unidas sobre los desplazados internos, la información reunida sobre los movimientos experimentados después de 2014, así como el tamaño y composición de la población (rusa y no rusa) afectada.

En todo caso, tanto Comisión como Consejo dan una especial relevancia a la causa que provoca el desplazamiento. Así, para la Comisión, la probabilidad de que la Unión se enfrente a una situación caracterizada por una afluencia masiva no solo se basa en las cifras, sino también en la gravedad de la guerra y su proximidad con las fronteras exteriores de la UE³². Por su parte, el Consejo insiste en que la decisión de activar la protección temporal se basa en el carácter extraordinario y excepcional de la situación producida por dos motivos: la invasión militar por parte de la Federación rusa y la magnitud de la afluencia masiva (considerando 16). Ello ha llevado a parte de la doctrina a considerar el país agresor –Rusia– determinante para la activación de la Directiva³³.

Por lo que respecta al requisito de los *efectos contrarios*, el Consejo, con objeto de justificar la iniciación del dispositivo, hace alusión a que la afluencia será probablemente de tal magnitud que existe *también* un claro riesgo de que los sistemas de asilo de los EMs no sean capaces de tramitar las llegadas sin efectos adversos para su funcionamiento eficiente y para los intereses de las personas afectadas y los de otras personas que soliciten protección (el considerando 7 reproduce el literal del art. 2 a de la Directiva). . De manera más específica, se establece que se espera que el inicio de la protección temporal beneficie a los EMs, ya que los derechos que la acompañan limitan la necesidad para las personas desplazadas de solicitar inmediatamente protección internacional y, por lo tanto, el riesgo de desbordar sus sistemas de asilo, al reducir al mínimo las formalidades debido a la

³¹ DO L 317/26, de 1 octubre 2020.

³² COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Decisión de Ejecución, p. 2.

³³ Ineli-Ciger duda de que el dispositivo se hubiera activado si el país atacante fuera otro. INELI CIGER, M., 5 Reasons Why: Understanding the Reasons behind the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022, *op. cit.*

urgencia de la situación (considerando 16). En el momento de adoptar la Decisión de Ejecución, nada parecía indicar que la capacidad de acogida estuviera comprometida. A 8 de marzo de 2022, la capacidad de acogida era suficiente, habida cuenta que las personas que llegaban se desplazaban rápidamente para reunirse con sus familiares o amigos. Hungría, Eslovaquia, Polonia y Rumanía notificaron que disponían de capacidad³⁴. En atención a la redacción de la Decisión de Ejecución, todo muestra que el requisito de los efectos adversos ha adquirido cierta singularidad y ya no es un indicador más, sino una variable de análisis obligado a la hora de iniciar el dispositivo.

En términos generales, para la iniciación del procedimiento parece haber resultado de especial relevancia, el número y rapidez de las llegadas (medio millón de personas en sólo cinco días), la potencial presión migratoria, el hecho de que las personas nacionales de Ucrania no necesiten visado para entrar en la Unión, así como la posible incapacidad de los sistemas nacionales de protección internacional para afrontar el flujo masivo³⁵. Todo ello, poniendo especial atención a las fuentes consultadas, lo cual es particularmente importante para la adecuada motivación de la decisión.

En definitiva, si bien apostamos por mantener una definición flexible de afluencia masiva, no cabe duda de que se requiere de indicadores que ayuden a la evaluación de los diferentes conceptos, así como la consulta a fuentes de contraste especializadas. La verificación de que nos hallamos en una circunstancia de tal magnitud es el presupuesto de hecho que da lugar a la iniciación del dispositivo, por lo que no es una cuestión menor. La Directiva ha optado por que las Instituciones gocen de discrecionalidad y su intervención no se circunscriba a un análisis técnico sobre si se han cumplido determinadas condiciones. A menudo, se ha reclamado un cambio de paradigma al respecto y que el dispositivo se active de forma automática, una vez la profusión de personas desplazadas pudiera verificarse, conforme a los criterios establecidos en la propia norma³⁶. Mientras se ponen las bases para llegar a un modelo de protección semejante, al menos, empero, debería haber una lista de parámetros conforme a los cuales llevar a cabo dicha evaluación (se ha propuesto incluir diferentes indicadores como, por ejemplo, atender al número de solicitudes de asilo recibidas por el Estado, el incremento relativo de dichos números, el número total de solicitudes en atención al tamaño de la población del país o el PIB...) ³⁷ y que la misma sea objeto de contraste con fuentes especializadas. En ese sentido, es importante recordar que la Directiva establece un deber de consulta con ACNUR y otras organizaciones internacionales pertinentes (art. 3.3) y que la Decisión del Consejo ha de basarse en la información comunicada por los EMs, la Comisión, el Alto Comisionado, y otras organizaciones internacionales (art. 5.4). El deber

³⁴ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación “Solidaridad europea con los refugiados”, *op. cit.*, p. 3.

³⁵ INELI CIGER, M., 5 Reasons Why: Understanding the Reasons behind the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022, *op. cit.*

³⁶ PORRAS RAMÍREZ, J.M., “La crisis de Ucrania. La aplicación de la Directiva de protección temporal de los desplazados, en caso de afluencia masiva, y el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes: ¿un progreso en la política migratoria común de la Unión Europea?”, *La Ley Unión Europea*, n.º 106, septiembre de 2022, p. 15.

³⁷ BEIRENS, H., MAAS, Sh., PETRONELLA, S., VAN DER VELDEN, M., Study on the Temporary Protection Directive. Final Report, *op. cit.*, pp. 38-50.

de consulta con ACNUR, aunque su opinión no sea vinculante, es de especial importancia con objeto de controlar la discrecionalidad de la que gozan las Instituciones.

2 Las coordenadas geográficas y temporales

En función del artículo 2 c de la Directiva, se entiende por “persona desplazada” –a los efectos de la protección temporal–, la persona nacional de un tercer país o apátridas que haya debido abandonar su país o región de origen, o que haya sido evacuada, en particular, en respuesta al llamamiento de organizaciones internacionales. Así, la norma está pensada para aliviar la situación provocada por el exilio desde un *país concreto o zona geográfica determinada*, pero no para las crisis provocadas por el flujo acumulado de personas que huyen de diferentes países³⁸. El desafío para el país de llegada puede ser el mismo –proporcionar acogida y acceso al procedimiento a un gran número de personas–, pero la norma es mucho más selectiva y solo desplegará una respuesta “común” respecto a los individuos procedentes del tercer país o región determinada por la decisión de ejecución del Consejo.

Es importante subrayar que la Directiva no limita ese determinado origen geográfico al ámbito europeo, si bien la renuencia a iniciar al dispositivo en crisis anteriores y que el primer caso de activación de la misma sea con Ucrania puede dar lugar a esa conclusión. El Consejo Económico y Social Europeo, en su dictamen sobre la propuesta, ya alertaba de que la norma de Derecho derivado no debía tratarse de una “Directiva Balcanes”, sino que debía ser un instrumento *geográfica e históricamente neutro* que se utilizara cuando se comprobara su necesidad³⁹. Así, la Protección Temporal no está pensada para atender solo crisis de desplazamiento producidas en los vecinos directos de la Unión. El “argumento de proximidad” que ha defendido alguna autora no tiene base jurídica en la normativa, ni en los trabajos preparatorios de la Directiva, y podría implicar un tratamiento discriminatorio, en función del origen de la persona desplazada, contrario a las obligaciones europeas e internacionales⁴⁰.

³⁸ 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. Exposición de Motivos, explicación del artículo 2 d), *op. cit.*

³⁹ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Directiva del Consejo relativa a unas normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de un fomento equitativo entre los Estados Miembros para acoger a estas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida”. DOCE nº C 155, de 29 de mayo de 2001, para. 2.2, p. 24. La cursiva es de la autora.

⁴⁰ Joanne van Selm considera que la Directiva no se aplicó en la crisis de 2015 porque la UE no era un vecino directo de Siria. En su opinión, la Directiva podría ser el resultado de una decisión política urgente frente a una crisis inmediata y próxima, en la que la propia Unión, y sus EMs, tiene interés directo y existencial. La autora añade: “Geography necessarily underpins many decisions in war as in life”. VAN SELM, J., “Temporary Protection for Ukrainians: Learning Lessons of the 1990s”, Forum Discussion, Asile. Global Asylum Governance and the European Union’s Role. 11 abril 2022. En contra de este argumento, otros/as autores/as consideran que esa interpretación de la Directiva la convertiría en una forma institucionalizada de discriminación y racismo. CARRERA, S., INELI-CIGER, M., VOSYLIUTE, L., BRUMAT, L., “The EU grants Temporary Protection for People fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policies”, *op. cit.* Bueno Lacy y van Houtom lo consideran parte del que

Es más, el hecho de que no se exija que las personas hayan llegado, por sí mismas, a territorio de la Unión, sino que pueden haber sido trasladadas gracias a programas de evacuación, proporciona al dispositivo la oportunidad de atender desplazamientos que se produzcan más allá de las inmediaciones de la frontera exterior común. Esta circunstancia convertiría el sistema de Protección Temporal en un instrumento adecuado para atender también la necesaria distribución equitativa de la responsabilidad en términos globales⁴¹. Se trata de un potencial del que dispone el procedimiento, con independencia de que los fallidos intentos de utilización del mismo en crisis anteriores nos muestren las escasas posibilidades de extender su ámbito de influencia en ese sentido. Habida cuenta que la legislación de la Unión no obliga a los EMs a conceder un visado a las personas nacionales de terceros países que huyen de la violencia, con objeto de solicitar protección internacional⁴², y las escasas posibilidades de acercarse a la frontera o entrar legalmente en la Unión, como consecuencia de una política caracterizada por la multiplicación, extraterritorialización, deslocalización y externalización de las medidas de interceptación de personas migrantes⁴³, no resulta baladí tomar en consideración el potencial de los programas de evacuación en este contexto.

En el caso de Ucrania, la Comisión Europea llama la atención sobre cómo la invasión de este país supone un riesgo para la seguridad y estabilidad europeas (también mundial) y cómo esta se ve directamente afectada por la guerra en sus fronteras exteriores, en particular a través de la creciente presión migratoria como consecuencia de las decenas de miles de personas que buscan protección en los EMs de la UE. No cabe duda de que el hecho de que el exilio se produzca en las puertas de la Unión ha resultado determinante, en el primer caso de activación del dispositivo, más allá de que los números alcanzados pueden caracterizarlo obviamente como masivo y que las personas huyen justo de los peligros cubiertos por el dispositivo. En todo caso, no se ha de olvidar que se trata de un instrumento con una capacidad de respuesta mayor, en cuanto al ámbito de aplicación geográfico y, en términos de solidaridad internacional.

Por otro lado, el hecho de que el artículo 2 c) permita la aplicación de la Directiva 2001/55 a quienes abandonan su país “o región de origen” supone que la misma puede proporcionar protección tanto *a los y las nacionales del país o región determinado por la*

llaman “apartheid global”. BUENO LACY, R., VAN HOUTOM, H., “The Proximity Trap: How Geography is Misused in the Different Treatment of Ukrainian Refugees to Hide for the Underlying Global Apartheid in the European Border Regimen”, *op. cit.*

⁴¹ Hofmann considera que una Directiva que estuviera vinculada a la acogida en el entorno más inmediato, cultural y territorial 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 la carga en términos globales, es decir, respecto a la comunidad internacional en su conjunto. En cualquier caso, el profesor no deja de considerar que el retorno a los países de origen sería menos problemático desde países próximos a Europa. HOFMANN, R., “Das Konzept des Vorübergehenden Schutze (Temporary Protection): Regionales Völkerrecht durch Art. 63 Abs. 1 nr 2 EGV”, *Die Macht des Geistes. Festschrift für Hartmut Schiedemair*, C.F. Müller Verlag, Heilderber, 2000, p. 878.

⁴² TJUE. Sentencia de 7 de marzo de 2017, asunto *X y X contra Bélgica*, c-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173. TEDH, asunto *MN y Otros contra Bélgica (GS)*, sentencia de 5 de mayo de 2020.

⁴³ Para un estudio pormenorizado de estas medidas, véase: SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles Migratorios y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

decisión de ejecución, como a los y las nacionales de terceros países, cuyo origen reciente sea ese mismo país o región establecida. Si bien no se hace alusión explícita a las personas refugiadas o con protección equivalente o incluso aquellas que pudieran encontrarse en situación administrativa irregular, debe interpretarse que se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación del dispositivo, en tanto en cuanto, procedieran de ese país o zona geográfica. Así las cosas, el alcance del dispositivo es mayor que el de la Convención de Ginebra, que exige que la persona refugiada haya abandonado el país de “su nacionalidad”⁴⁴.

En el caso que nos ocupa, este es un tema de primer nivel habida cuenta que el conflicto bélico ha provocado el exilio no solo de personas nacionales de Ucrania, sino también de otras nacionalidades que vivían en el país. La Comisión alude expresamente a personas de India, Nigeria o Turquía, a aquellas que habían recibido protección internacional en Ucrania –como el caso de bielorrusos/as huidos del régimen de Lukashenko o aquellas de Afganistán o Siria–, así como estudiantes y personas trabajadoras de todo el mundo⁴⁵.

Así, la Comisión Europea, en la Propuesta de Decisión de Ejecución, alude al “espíritu de la Directiva 2001/55/CE”, con objeto de atender igualmente a estos colectivos de personas nacionales de terceros países, residentes en Ucrania con anterioridad a los hechos que provocan el exilio⁴⁶. El Consejo también los incluye en su Decisión de Ejecución, pero difiere de la Comisión en aspectos esenciales que convierten el ámbito de aplicación personal en una de las cuestiones jurídicas más conflictivas de esta primera activación del dispositivo.

En virtud del artículo 2 de la Decisión de Ejecución del Consejo (personas a las que se aplica la protección temporal) se pueden distinguir tres categorías de personas beneficiarias, con diferentes obligaciones para los EMs.

La primera categoría abarcaría al grupo prioritario y que incluye a: “a) nacionales ucranianos que residieran en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022; b) apátridas y nacionales de terceros países distintos de Ucrania que gozaran de protección internacional o de una protección nacional equivalente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022, y c) miembros de las familias de las personas a que se refieren las letras a) y b)”.

Efectivamente, tanto la Propuesta de la Comisión como la Decisión en si misma (art. 2.1) coinciden en identificar como primeros beneficiarios del procedimiento a “nacionales” ucranianos “residentes” en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022, así como a las personas que gozaran de “protección internacional o de una protección equivalente” en

⁴⁴ PEERS, S., “Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A”, EU Law Analysis, 27 febrero 2022.

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación “Solidaridad europea con los refugiados”, *op. cit.*, p. 2 y 6. SHULTZ, J., Collective Protection as a Short-term solution: European responses to the Protection Needs of Refugees from the War in Ukraine, EU Immigration and Asylum Law and Policy, 8 marzo 2022.

⁴⁶ Según el considerando 11 de la Propuesta de Decisión de Ejecución: “...Para respetar el espíritu de la Directiva 2001/55/CE, debe introducirse también una protección temporal para los nacionales de terceros países que residieran legalmente en Ucrania desplazados a partir del 24 de febrero de 2022...”. COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Decisión de Ejecución, p. 11.

Ucrania, antes de esa fecha, y a sus “familias”. No resulta baladí, sin embargo, que la Propuesta de la Comisión incluyera a las personas refugiadas o con protección equivalente dentro del conjunto de nacionales de terceros países residentes de manera legal en Ucrania. La Institución pretendía que se les concediera la misma protección a todos sin distinción. No ocurre así en la Decisión de Ejecución que, si bien protege a las personas residentes en Ucrania que huyen por los mismos motivos que las nacionales, permite que sea el EM quien decida si le otorga la protección de la Decisión o bien otra protección adecuada conforme a su Derecho interno, como se verá a continuación. De igual forma, se echa especialmente en falta que el Consejo no incluya a las personas solicitantes de asilo que sí estaban contempladas en la Propuesta de la Comisión⁴⁷. En estos casos, las personas afectadas tendrían que acudir al procedimiento de protección internacional y solicitar, de nuevo, la protección conforme al SECA en el país de acogida.

La segunda categoría de personas beneficiarias, de conformidad con la Decisión del Consejo, serían las personas apátridas y aquellas nacionales de terceros países distintos de Ucrania, que puedan demostrar que residían legalmente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022, sobre la base de un permiso de residencia permanente válido expedido de conformidad con el Derecho ucraniano y que no puedan regresar a su país o región de origen en condiciones seguras y duraderas. A este conjunto de personas, la Decisión de Ejecución exige que se les proporcione protección, pero permite a los EMs que decidan si ésta debe ser la que resulta de la aplicación de la Decisión o “una protección adecuada en virtud del Derecho interno” (art. 2.2 Decisión de Ejecución).

A este respecto, se pueden apreciar importantes diferencias entre la Propuesta de la Comisión y la Decisión del Consejo. En primer lugar, la Comisión incluye a las personas nacionales de terceros países “residentes de larga duración en Ucrania” o que residiesen en Ucrania “de forma duradera”⁴⁸, sin que identifique más requisitos formales. En cambio, el Consejo exige que puedan demostrar que residían legalmente sobre la base de un permiso de residencia “permanente” válido, lo cual deja fuera a aquellas personas con un permiso tan solo temporal o las que vivieran en situación administrativa irregular⁴⁹. En segundo lugar, la Comisión consideró que a estas personas no se les debía aplicar la condición de no poder regresar a su país o región de origen. Sin embargo, la Decisión de Ejecución estipula expresamente que estas personas desplazadas no solo han de demostrar esa residencia específica, sino también que no pueden regresar a su país o región de origen en condiciones seguras y duraderas (art. 2.2). Ambos requisitos (la exigencia de permiso de residencia solo de carácter permanente y la demostración de la imposibilidad del regreso) hacen más restrictivo el ámbito de aplicación personal, en comparación con la Propuesta inicial. Y, en tercer lugar, la Comisión pretendía que las personas nacionales de terceros Estados pudiesen ser acogidas de conformidad con la normativa de protección

⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Decisión de Ejecución, p. 12.

⁴⁸ Véase la Propuesta de Decisión de Ejecución, pp. 8 y 12.

⁴⁹ En atención al considerando 12 de la Decisión de Ejecución del Consejo, quienes deseen acogerse a la protección deben poder demostrar que cumplen estos criterios de admisibilidad, mediante la presentación de la documentación correspondiente a las autoridades competentes del Estado de que se trate. Si no pudieran presentar la documentación correspondiente, los EMs deben reorientarlos hacia el procedimiento adecuado.

temporal (Directiva 2011/55). Por el contrario, el Consejo determina finalmente que otorgar una protección de conformidad con la Decisión “u otra adecuada” –atiéndase que adecuada no significa equivalente– será elección del EM, introduciendo así un elemento de diferenciación en el estatuto de derechos garantizados en cada país que podría ser relevante. Los estudios llevados a cabo sobre la transposición de la Directiva al derecho interno de los EMs llegaron a la conclusión que pueden darse discrepancias entre los derechos concedidos a las personas beneficiarias de protección temporal entre unos países y otros⁵⁰. Si ello es así para las personas que serán acogidas, de conformidad con la Directiva, la discrepancia puede ser mucho mayor con relación a aquellas que serán protegidas bajo el indeterminado paraguas de una “protección adecuada”, cuya interpretación formará parte del amplio margen de apreciación estatal. La posibilidad de excluir a las personas desplazadas no ucranianas del mecanismo de la Directiva no responde a una previa diferenciación estatutaria de la norma base, que no hace distinciones en ese sentido. La Decisión del Consejo atiende así a las reclamaciones al respecto de determinadas delegaciones gubernamentales⁵¹ y supedita la igualdad de trato a todas las personas huidas del conflicto en aras de un consenso del todo innecesario –recuérdese que la iniciación del dispositivo tan solo requiere de mayoría cualificada–. Lo cierto es que hoy por hoy más del 95% de las personas registradas en el sistema de protección temporal son de nacionalidad ucraniana⁵².

La tercera categoría de personas beneficiarias estaría comprendida por aquellas a las que los Estados decidan aplicar la Decisión de Ejecución, de conformidad con la potestad así reconocida por la Directiva en su artículo 7⁵³, siempre y cuando se hayan desplazado por las mismas razones y desde el mismo lugar de procedencia identificado por la Decisión de Ejecución, residieran legalmente en Ucrania y no puedan regresar a su país o región de origen. Se trata de una “categoría adicional” que podría abarcar, entre otras, a nacionales de terceros países que estuvieran estudiando o trabajando en Ucrania por

⁵⁰ ACADEMIC NETWORK FOR LEGAL STUDIES ON IMMIGRATION AND ASYLUM IN EUROPE. Directive 2001/55, Temporary Protection. Study on the “conformity checking of the transposition by Member States of 10 EC Directives in the sector of asylum and immigration” done for DG JLS of the European Commission end 2007. BEIRENS, H., MAAS, Sh., PETRONELLA, S., VAN DER VELDEN, M., Study on the Temporary Protection Directive. Final Report, *op. cit.*, p. 13.

⁵¹ Según Carrera y Otros se trató de un requisito expresamente solicitado por las autoridades polacas para alcanzar un acuerdo en el seno del Consejo. CARRERA, S., INELI-CIGER, M., VOSYLIUTE, L., BRUMAT, L., “The EU grants Temporary Protection for People fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policies”, *op. cit.*, p. 15.

⁵² La Agencia de Asilo de la Unión Europea proporciona datos semanalmente y, en todos los casos, los registros rondan el 95% o lo superan. Entre el resto de las nacionalidades registradas en el marco de la protección temporal destacan la rusa, moldava, azerbaiyana o marroquí. EUAA. Asylum and Temporary Protection in the EU+ in the Context of the Russian Invasion of Ukraine week 42 (17-23 October) 2022, p. 1. Según la Agencia de Derechos Fundamentales, los cuatro países de la Unión vecinos de Ucrania (Eslovaquia, Hungría, Polonia y Rumanía) aplican el régimen de la Directiva solo a las personas nacionales de Ucrania y beneficiarias de protección internacional. La protección que conceden a personas no ucranianas varía. FRA. The War in Ukraine-Fundamental Rights Implications Within the EU (1 March-27 April 2022), p. 8.

⁵³ Art. 7 de la Directiva 2001/55: “Los Estados miembros podrán otorgar la protección temporal prevista en la presente Directiva a otras categorías de personas desplazadas, además de las cubiertas por la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5, que se hayan desplazado por las mismas razones y procedan del mismo país o región de origen. Informarán de ello inmediatamente al Consejo y a la Comisión”.

periodos breves en el momento de los acontecimientos que condujeron a la afluencia masiva⁵⁴, o bien a otras personas que decidan los Estados y sobre las que deben informar inmediatamente al Consejo y la Comisión. La Decisión de Ejecución anima a los EMs a que consideren esta posibilidad respecto a las personas que huyeron de Ucrania poco antes del 24 de febrero de 2022 o que se encontraron en el territorio de la Unión (por ejemplo, de vacaciones o por motivos laborales) justo antes de esa fecha y que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania⁵⁵.

Véase que la diversidad de trato proporcionado entre las diferentes categorías estaría únicamente basada en el origen nacional, no en los motivos de la huida. La inseguridad jurídica que proyecta la Decisión, con relación a las obligaciones de los EMs hacia los nacionales de terceros países no ucranianos cabe esperar que dé lugar a medidas incoherentes y a potenciales enfoques nacionales discriminatorios⁵⁶. Ese tratamiento diferenciado se ha considerado que refleja el doble rasero europeo en el tratamiento de las personas necesitadas de protección internacional según su procedencia⁵⁷ y que se añadiría a las más amplias prácticas de denegación racializada de entrada a personas de ascendencia africana, preferencias raciales en la administración de los servicios de socorro, restricciones raciales a la libertad de circulación, o diferenciación racial en el acceso a estatuto migratorio, denunciadas en el contexto del exilio ucraniano y que resultan atentatorias de la prohibición de discriminación racial⁵⁸.

⁵⁴ Si no cumplieran con algunos de los requisitos mencionados, se les debería admitir en la Unión por razones humanitarias sin exigirles, en particular, que estén en posesión de un visado válido o que dispongan de medios de subsistencia suficientes o de documentos de viaje válidos, para garantizar un paso seguro con el fin de regresar a su país o región de origen. Véase el considerando 13 de la Decisión de Ejecución del Consejo.

⁵⁵ Véase el considerando 14 de la Decisión de Ejecución del Consejo. En la propuesta de la Comisión se afirmaba que, estos casos (estudiantes o trabajadores coyunturales) no debían entrar en el ámbito de aplicación si no podían ser considerados residentes de larga duración y podían regresar a su país o región de origen (considerando 12 de la Propuesta de Decisión de Ejecución).

⁵⁶ Los análisis llevados a cabo hasta la fecha muestran una gran diversidad en la interpretación nacional del ámbito de aplicación personal de la Decisión de Ejecución. Pueden observarse desde países que han optado por extender la titularidad del régimen de la Directiva a personas no ucranianas (Alemania, Bulgaria, Croacia, España, Finlandia, Francia, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal) o que ha ampliado la limitación temporal (Bélgica, por ejemplo, concede protección a las personas que huyeron desde el 24 de noviembre de 2021) a Estados que han reducido el mínimo común denominador infranqueable de la norma (países como Estonia o Grecia que solo proporcionan protección a las personas de nacionalidad ucraniana y, de entre las nacionales de terceros países, solo a las beneficiarias de protección internacional). ECRE. Information Sheet. Measures in response to the arrival of displaced people fleeing the war in Ukraine, 31 mayo 2022.

⁵⁷ INELI CIGER, M., 5 Reasons Why: Understanding the Reasons behind the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022, *op. cit.*

⁵⁸ Naciones Unidas. Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, y el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. Comunicado conjunto. 3 marzo 2022. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/03/ukraine-un-experts-concerned-reports-discrimination-against-people-african>. También: Naciones Unidas. Alta Comisionada de NNUU para los Derechos Humanos, Debate urgente sobre la situación de derechos humanos en Ucrania a resultados de la agresión por parte de Rusia, 49º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, 3 de marzo de 2022. Disponible en:

En el caso de las autoridades españolas, se ha hecho uso de esta potestad para proporcionar acogida, de conformidad con el modelo de protección temporal nacional, y ampliar así el ámbito de aplicación personal de la Decisión de Ejecución a las siguientes personas⁵⁹: 1) Nacionales ucranianos que se encontrasen en situación de estancia en España antes del 24 de febrero de 2022 que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania. 2) Nacionales de terceros países o apátridas que residieran legalmente en Ucrania sobre la base de un permiso de residencia legal válido (sea permanente u otro tipo como estudiantes) expedido de conformidad con el derecho ucraniano y no pueden regresar a su país o región. 3) Nacionales de Ucrania que se encontraban en situación irregular en España antes del 24 de febrero y que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania. 4) Miembros de las familias de las personas a que se refiere los apartados 1 y 2.

España incorpora así todas las categorías a las que “anima” la Decisión del Consejo, a las que suma las personas nacionales de Ucrania en situación irregular en España y que no habían sido contempladas ni por la Comisión, en su Propuesta, ni por el Consejo.

En todo caso, aquellos EMs que finalmente decidan no aplicar el régimen de Protección Temporal a las personas nacionales de terceros países están, en cualquier caso, obligados por la Directiva 2011/95 que incluye expresamente la situación de conflicto armado como un daño grave que daría lugar a la concesión del estatuto de protección subsidiaria. Fuera de todas estas categorías, las personas que no puedan acogerse a la protección temporal se estipula que obtengan protección y alojamiento para, a continuación, ayudarles a regresar de forma segura a sus hogares, con modalidades de ayuda específica para aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad⁶⁰.

3 Los peligros asociados a la huida

Como se ha indicado, el sistema de Protección Temporal está diseñado para dar acogida a unas concretas personas desplazadas de manera masiva, no a todas las que pudieran desplazarse en grandes números. La norma exige, pues, que el exilio vaya asociado a la

<https://www.ohchr.org/es/statements/2022/03/ukraine-high-commissioner-cites-new-and-dangerous-threats-human-rights>

⁵⁹ Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Orden PCM/170/2022, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España. Anexo. Tal y como indica la citada norma, la protección otorgada a esta categoría adicional sería la resultante de la aplicación del 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 habilita en sus artículos 4 apartado b) y 6 al Gobierno español a declarar el régimen de protección temporal en supuestos de emergencia por Acuerdo de Consejo de Ministros.

⁶⁰ No obstante, la propia Comisión menciona que el hecho de que no encajen en las categorías protegidas por la Directiva y, en esos casos, esté previsto su regreso, ello no afecta al derecho que les asiste a solicitar protección internacional. COMISIÓN EUROPEA. Comunicación “Solidaridad europea con los refugiados”, *op. cit.*, p. 7.

huida respecto a determinados “peligros” que la norma especifica, y que se hallan en el contexto de aquellos que cualifican para la obtención de protección internacional⁶¹.

De la definición de persona desplazada, unido a las conclusiones que se extraen de los artículos 2 a), d), 3.4, 7 y 28, se deduce que el procedimiento iría destinado a: potenciales personas refugiadas (personas desplazadas de terceros países que pudieran ser consideradas refugiados/as, según el art. 1 A 2 de la Convención de Ginebra); y personas desplazadas que pudieran caer dentro del ámbito de aplicación de otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional. A ello, se añadiría unos casos particulares que la Directiva menciona de manera expresa: personas que han huido de zonas de conflicto armado o violencia permanente o que hayan estado o estén en peligro de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de derechos humanos. Y, por último, podría identificarse un grupo suplementario conformado por otras categorías de personas desplazadas, diferentes de las identificadas en la decisión del Consejo que active la Directiva, pero que provengan del mismo lugar y se hayan desplazados por las mismas razones, y cuya acogida queda a instancia de la decisión del EM que así quiera hacer uso de esta potestad (art. 7 de la Directiva). Todos deben ver imposibilitado el regreso a su país de origen o zona geográfica determinada, en condiciones seguras y duraderas, y no serle de aplicación la cláusula de exclusión del art. 28 de la Directiva⁶².

Como puede comprobarse, el ámbito de aplicación elegido por la Directiva va más allá de las clásicas categorías protegidas por la Convención de Ginebra o incluso de la definición actual de “protección subsidiaria”⁶³. Ello es así en cuanto contempla la violencia permanente o la violación sistemática de derechos humanos no asociada directamente a un conflicto armado, ni exige un determinado nivel de discriminación en la violencia asociada a estos⁶⁴. En su momento, se consideró una vía para expandir las

⁶¹ En el Informe Beirens se rechaza expresamente que las presiones que pudieran sufrir los sistemas de asilo por la llegada de “migrantes económicos” pudieran abordarse con este modelo de protección. BEIRENS, H., MAAS, Sh., PETRONELLA, S., VAN DER VELDEN, M., Study on the Temporary Protection Directive. Final Report, *op. cit.*, p. 18.

⁶² La disposición se hace eco del artículo 1 F de la Convención de Ginebra de 1951, así como del art. 33.2 de la misma, que es una excepción al principio de *non refoulement*.

⁶³ Recuérdese que, en virtud del art. 2 a) de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), se entiende por “protección internacional” el estatuto de refugiado y de protección subsidiaria. Concretamente, una persona con derecho a la protección subsidiaria sería un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país (art. 2 f). Según el art. 15 constituyen daños graves: a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno. DOUE L 337, 30.12.2011. En adelante, Directiva 2011/95.

⁶⁴ El uso de la disyuntiva “o” entre conflicto armado y violencia permanente parece diferenciar ambas situaciones. Del mismo modo, al incluir un segundo apartado dedicado a la violación sistemática o

categorías de personas protegidas⁶⁵, pero incluso hoy día conserva esa cualidad. Los trabajos preparatorios nos indican que la intención era tomar en consideración determinados peligros de carácter político –así, por ejemplo, llegó a rechazarse de manera expresa la acogida de personas desplazadas por motivos climáticos⁶⁶–, pero no cabe duda de que suponía un avance importante a la vista del contexto restrictivo en el que empezaba a gestarse el SECA. Parece claro que el compromiso de temporalidad en la protección y el regreso de las personas desplazadas como término natural del sistema permitió –y permite, hoy día– establecer un ámbito de aplicación más generoso⁶⁷.

En el caso que nos ocupa, la Decisión de Ejecución del Consejo hace alusión a la existencia de un “conflicto armado” como el peligro que se haya en el origen de la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas que han tenido que abandonar Ucrania y que la norma se dispone a constatar⁶⁸. Tanto la Propuesta de Decisión de Ejecución de la Comisión como la Decisión del Consejo se empeñan en subrayar que el conflicto es consecuencia de la invasión militar de las fuerzas armadas rusas, no provocada e injustificada, que supone una grave violación del Derecho internacional y de los principios de la Carta de Naciones Unidas, y que busca socavar la seguridad y

generalizada de derechos humanos, de manera independiente, muestra que esta podría darse en circunstancias ajenas a lo que el art. 15 c) de la Directiva 2011/95 entiende por tal, por mucho que el TJUE en el asunto *Diakite* brindara una interpretación flexible del término, al no exigir que se satisficieran los criterios establecidos en el Derecho Internacional Humanitario (TJUE, sentencia de 30 de enero de 2014, asunto *Aboubacar Diakité contra Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, c-285/12, ECLI:EU:C:2014:39, para. 35). Los casos particulares incluidos en la Directiva de Protección Temporal se diferencian y exceden de los peligros que darían lugar a la protección internacional, de conformidad con el Derecho europeo de asilo.

⁶⁵ FITZPATRICK, J., “Temporary Protection of Refugees: elements of a formalized regimen”, *AJIL*, vol. 94, n° 2, 2000, p. 292.

⁶⁶ Efectivamente, no se alcanzó el suficiente consenso en torno a la posibilidad de incluir a las personas desplazadas como consecuencia del deterioro del medio ambiente, a pesar de que alguna normativa interna así lo contemplaba. La normativa sueca previa a la adopción de la Directiva disponía protección temporal para “seekers fleeing war, internal conflict or other serious disturbances in public order, as well as, environment or ecological catastrophes”. DACYL, “Protection Seekers from Bosnia and Herzegovina and the Shaping of the Swedish Model of Time-Limited Protection”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, n° 1, 1999, p. 164. El Comité Económico y Social también llamó la atención sobre esta cuestión y afirmó que: “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”. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Directiva del Consejo relativa a unas normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de un fomento equitativo entre los Estados Miembros para acoger a estas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida”, *op. cit.*, para. 2.3, pp. 21-25.

⁶⁷ En opinión de Castillo y Hathaway, los Estados se muestran más favorables a tomar en consideración un mayor estándar conceptual cuando está asegurada la temporalidad, es decir, cuando la protección se garantiza solo por un tiempo determinado. CASTILLO, M.A., HATHAWAY, J., “Temporary Protection”, *Reconceiving International Refugee Law*, Martinus Nijhoff Publisher (Hathaway ed), The Hague/Boston/London, 1997, p. 4.

⁶⁸ Véase art. 1 de la Decisión de Ejecución.

estabilidad europea y mundial⁶⁹. La mención de la gravedad del ilícito y la directa implicación para la Unión no son baladíes.

La definición de la determinada situación que vive el tercer país la realiza el Consejo en su Decisión de Ejecución, y ella determinará así las categorías protegidas. Se atiende, pues, una situación de carácter objetivo que es la que da inicio al dispositivo y obliga a los EMs a permitir el acceso al territorio y la concesión de los derechos asociados a la protección temporal.

Ello no es óbice, no obstante, para que, una vez permitido el acceso, se requiera de una solicitud formal para comprobar que la persona es efectivamente nacional del país, apátrida o residente y no resulta afectada por la cláusula de exclusión. De hecho, en el caso de España, la Orden PCM/169/2022 de 9 de marzo, que es la norma prevista para complementar al Reglamento de protección temporal nacional, en este supuesto concreto, dispone en el artículo 2 que el procedimiento se iniciará con una “solicitud” de la persona interesada, mediante comparecencia personal en los lugares habilitados y ante los que se presentará toda la documentación acreditativa de la pertenencia al colectivo de aplicación del régimen⁷⁰. Dicha solicitud autoriza a la persona interesada a permanecer en territorio y recibir las ayudas sociales previstas en el Reglamento de protección temporal español. Al igual que en el procedimiento de protección internacional o apatridia, será la Oficina de Asilo y Refugio que tramitará las solicitudes, en este caso, por el procedimiento de urgencia, y el Ministerio del Interior quien acuerde la concesión o denegación de la protección temporal, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio que, en este caso, incluirá la autorización de residencia y de trabajo⁷¹.

La oficina instructora, así como la instancia que ha de resolver son las mismas, pero la diferencia entre un procedimiento que tiene como finalidad conceder la protección internacional –y, con él, el reconocimiento del estatuto de refugiado o de protección

⁶⁹ Véanse los considerandos 1, 2 y 3 de la Decisión de Ejecución del Consejo. La Comisión Europea alude específicamente a cómo esta invasión tiene como objetivo desestabilizar la arquitectura de seguridad europea. COMISIÓN EUROPEA. Comunicación “Solidaridad europea con los refugiados”, *op. cit.*, p. 1. En la Orden PCM/170/2022 de 9 de marzo se menciona directamente el conflicto armado como causa que imposibilita el regreso de las personas nacionales de Ucrania que se encontraban en situación de estancia en España antes del 24 de marzo de 2022, a las que la norma nacional incluye entre los beneficiarios de la protección temporal. Tanto en la Propuesta de Decisión de la Comisión como en la Decisión del Consejo se alude mayoritariamente a que la razón última del exilio es la invasión militar de las fuerzas armadas rusas y no un conflicto que ha estallado por la actuación de ambas partes. La Decisión se esfuerza en subrayar que el conflicto armado –palabra que se menciona en menor medida– es consecuencia de la invasión ilegal y responsabilidad última de la Federación rusa.

⁷⁰ Véase que se trata de un procedimiento de reconocimiento individual (de hecho, el capítulo III del Reglamento de protección temporal español se titula así), pero solo tiene por objeto comprobar la pertenencia a uno de los grupos concretos seleccionados por la Decisión de Ejecución del Consejo. Aunque no mencione, de manera expresa, la necesaria comprobación de la no aplicación de la cláusula de exclusión se entiende que es competencia también de la institución que ha de tramitar la solicitud. Tanto es así que el considerando 18 de la Decisión de Ejecución del Consejo vincula esta obligación con las responsabilidades que corresponden a los EMs con relación al mantenimiento de la ley y el orden y la salvaguarda de la seguridad interior.

⁷¹ Véase el art. 5.1 de la Orden PCM/169/2022 de 9 de marzo.

subsidiaria–, y aquel destinado a la concesión de protección temporal –que se limita a comprobar la pertenencia a un determinado grupo de personas beneficiarias– explica la gran diferencia en el plazo de resolución de uno y otro. Según el artículo 5.3 de la Orden PCM/169/2022 de 9 de marzo será de 24 horas⁷². Habida cuenta de que una de las características esenciales del procedimiento de Protección Temporal es el compromiso de celeridad en la acogida y concesión de beneficios es lógico que se marque tal plazo perentorio. No obstante, resulta llamativo que no fuera una obligación directamente emanada de la Decisión de Ejecución, sino de la norma nacional por la que se desarrolla el procedimiento de reconocimiento de la protección temporal y que, por tanto, puede variar entre unos EMs y otros.

III. EL FOMENTO DE UN ESFUERZO EQUITATIVO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS. LA MEDIDA MÁS INSÓLITA: LA SOLIDARIDAD A EXPENSAS DE LA LIBRE ELECCIÓN

Una de las características más valoradas e innovadoras de la Directiva 2001/55 es su construcción como un instrumento de solidaridad interestatal, que venía a superar así los vacíos normativos y las disputas políticas que se sucedieron en la década de los noventa, en torno al reparto de responsabilidades entre los EMs, en la acogida de grandes números de personas. Este es un tema de especial relevancia, pues en contextos de desplazamientos de gran magnitud, la lógica de la protección se halla más debilitada, de ahí que la distribución de responsabilidades entre diferentes Estados venga a ser una garantía determinante de la puesta en marcha de los dispositivos de protección. De hecho, en el caso de la Directiva, tanto la gestación de la norma, como la propia concepción de la misma y su futura viabilidad se hicieron depender de que los EMs llegaran a un acuerdo respecto al reparto de responsabilidades, no solo a nivel económico –aspecto que suele generar menos discrepancia–, sino también con relación a la potencial distribución de las personas desplazadas, especialmente tras la falta de coordinación y clara desigualdad en la acogida que se produjo en la crisis yugoslava.

Como resultado de aquellos años de debate, la Directiva incorpora un capítulo específico titulado “solidaridad” (capítulo VI), que tiene como objetivo procurar el “fomento de un esfuerzo equitativo” entre los EMs (finalidad declarada en el art. 1 y que sigue la nomenclatura utilizada en el antiguo art. 63.2 b del TCE), en dos vertientes concretas, una de carácter financiero (art. 24 de la Directiva⁷³) y otra “física” relativa a la propia acogida de las personas desplazadas (arts. 25 y 26 de la Directiva). Como ha indicado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 21 de diciembre de 2011, en el asunto *N.S. y Otros*, la Directiva constituye un ejemplo de solidaridad entre los EMs, en el sentido del artículo

⁷² Según la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que supone la transposición en España de la primera fase del SECA, en el procedimiento de urgencia los plazos se verían reducidos a la mitad, esto es, tres meses (art. 25).

⁷³ Según el considerando 22 de la Decisión de Ejecución, a los efectos del artículo 24 de la Directiva 2001/55/CE, la referencia al Fondo Europeo para los Refugiados establecido mediante la Decisión 2000/596/CE del Consejo debe entenderse como una referencia al Fondo de Asilo, Migración e Integración creado mediante el Reglamento (UE) 2021/1147 del Parlamento Europeo y del Consejo.

80 TFUE⁷⁴. A pesar de que dicha disposición establece un mandato expreso para que la política de asilo europea, tanto en su diseño como en su ejecución, garantice que las responsabilidades se compartan equitativamente, para una mejor consecución de los objetivos de los Tratados⁷⁵, lo cierto es que existen enormes deficiencias en este sentido. En realidad, la Directiva 2001/55/CE es el único instrumento del SECA que prevé un mecanismo para el reparto equitativo de la responsabilidad, pues recuérdese que el sistema de Dublín es un instrumento de asignación de la responsabilidad en el examen de las solicitudes de protección internacional, ajeno al reparto equitativo de las cargas (sociales y económicas) que comporta la acogida de las personas⁷⁶.

La importancia de esta cuestión está fuera de toda duda, pero también se trata del aspecto que suscita más controversia entre los Estados –especialmente, en lo que respecta a la solidaridad de carácter físico–, de ahí que los instrumentos normativos que han tratado de abordar este tema se caractericen por dejar un amplio margen de maniobra a los Estados y opten por una determinación *ex post* y *ad hoc* de la concreción de ese esfuerzo equitativo. En el contexto de la crisis en la Ex Yugoslavia, Alemania y Austria estuvieron entre los países que más personas acogieron y, por ello, presionaron –sin mucho éxito– para incorporar una solidaridad obligatoria en la Directiva que permitiera, una vez activado el procedimiento, un reparto de las personas beneficiarias del mismo entre los EMs⁷⁷. Durante la redacción de la Directiva, el Parlamento Europeo solicitó que la Decisión de activación del dispositivo asignara automáticamente, y de forma vinculante, un número determinado de personas desplazadas a cada EM. Sin embargo, dicha solicitud fue rechazada⁷⁸.

La norma sí establece la necesidad de llevar a cabo ese reparto equitativo, pero el diseño definitivo de dicha solidaridad queda postergado a la etapa de implementación de la misma. Así, si bien el artículo 25 establece una clara obligación de acogida “con espíritu de solidaridad comunitario”, se opta por un sistema de determinación *ad hoc*, sin criterios

⁷⁴ TJUE. Sentencia de 21 de diciembre de 2011, asunto *N.S. y Otros*, c-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865. Apdo 93: los mecanismos de solidaridad que contiene quedan reservados para las situaciones enteramente excepcionales a que se refiere el ámbito de aplicación de esta Directiva, es decir, la afluencia masiva de personas desplazadas.

⁷⁵ TJUE (Gran Sala), Sentencia de 6 de septiembre de 2017, asunto *República Eslovaca y Hungría/Consejo de la Unión Europea*, C-643/15 y C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, apdo. 253. VANHEULE, D., van SELM, J., BOSWELL, C., “Aplicación del artículo 80 del TFUE relativo al principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero, en el ámbito de los controles en las fronteras, el asilo y la inmigración. ESTUDIO”. Dirección General de Políticas Interiores, Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo. Bruselas, 2011, p. 6.

⁷⁶ Reglamento UE n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido), DO L 180, de 29 de junio de 2013. Sobre el sistema de Dublín ver MORGANES, S., *De Refugiados a Rechazados. El Sistema de Dublín y el Derecho a buscar Asilo en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, 2021.

⁷⁷ NOLL, G., “Sharing the Burden?”, *The EU Acquis Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, vol. 6, 2000, pp. 285-311.

⁷⁸ BEIRENS, H., MAAS, Sh., PETRONELLA, S., VAN DER VELDEN, M., *Study on the Temporary Protection Directive. Final Report*, *op. cit.*, p. 7.

predeterminados en torno a la valoración de la equidad en la distribución, y sometido al criterio de “doble voluntariedad”, esto es, se requiere la anuencia tanto de los Estados, que han de indicar sus posibilidades de acogida de manera numérica o general⁷⁹; como de las personas desplazadas⁸⁰. De esta forma, para que se lleve a cabo el traslado de la persona desde el EM de entrada al de acogida, se requiere el consentimiento de dicha persona, así como del país de destino. Los Estados deciden *si comparten y cuántas personas comparten*⁸¹; hasta ahí ha llegado el espíritu de solidaridad comunitario.

La dependencia –aparentemente inexorable– entre la activación de la Directiva y el consenso de los EMs respecto al reparto equitativo de las personas ha sido considerada uno de los principales motivos de inaplicación de la norma en emergencias migratorias anteriores⁸². El propio Tribunal de Justicia tuvo la oportunidad de subrayar la “incapacidad” para proporcionar una respuesta efectiva de la Directiva, en el contexto de la crisis de 2015-2016, cuando las infraestructuras destinadas a la acogida en Grecia e Italia estaban absolutamente saturadas y se requería “descargar” a estos Estados lo antes posible⁸³. En realidad, como precisó el Abogado General Bot, se hubo de optar por un sistema de reubicación obligatorio, precisamente por no haberse logrado un consenso entre todos los EMs acerca del reparto voluntario de personas desplazadas entre ellos⁸⁴.

Un sistema de solidaridad voluntario como el que se analiza está abocado a funcionar solo en contextos que susciten máximo consenso y no ante situaciones –como las crisis migratorias– que, al menos en estos momentos, provocan un alto índice de disensión en el seno del Consejo. Los intentos de modificar el acervo en materia de asilo para incorporar mecanismos de solidaridad más eficaces han sido infructuosos hasta el momento. Los debates al respecto demuestran una importante anuencia en la eliminación de la capacidad de decisión de la persona desplazada concernida (suprimir esa variable del principio de doble voluntariedad), al tiempo que se procura una cada vez más flexible participación de los Estados⁸⁵.

⁷⁹ Según el art. 25 de la Directiva, las indicaciones de acogida de los EMs figurarán en la decisión del Consejo a que se refiere el art. 5 y serán comunicadas al ACNUR.

⁸⁰ De acuerdo con el art. 25.2 de la Directiva, los EMs deben velar por que las personas beneficiarias, que no hayan llegado aún a la Unión, manifiesten de modo expreso su voluntad de ser recibidos en sus territorios.

⁸¹ ARENAS HIDALGO, N., “El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol IV, 2003, n° 2, p. 774.

⁸² GLUNS, D., WESSELS, J., “Waste of Paper or Useful Tool? The Potential of the Temporary Protection Directive in the Current “Refugee Crisis””, *op. cit.*, p. 80.

⁸³ TJUE, Sentencia de 6 de septiembre de 2017, asunto *Eslovaquia y Hungría/Consejo*, c-643/15, c-647/15, ECLI:EU:C:2017:631 apdo. 256. El Tribunal se pronuncia tras la cínica alegación de la República Eslovaca –apoyada por Polonia– que cuestionó la necesidad de adopción de la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, en lugar de aplicar medidas que califica como “menos onerosas”, como, *inter alia*, la Directiva 2001/55/CE.

⁸⁴ Conclusiones del Abogado General Bot, presentadas el 26 de julio de 2017, asuntos c-643/15, *República Eslovaca, Hungría contra Consejo de la Unión Europea*, ECLI:EU:C:2017:618. Apdo. 259.

⁸⁵ En las propuestas de reforma del SECA presentadas por la Comisión, desde la crisis de 2015-2016, se observa la intención de que las medidas de solidaridad interestatal adquieran mayor precisión y carácter vinculante. No obstante, los Estados siguen gozando de un amplio margen para negociar la entidad y el tipo de medida solidaria con la que quieren contribuir en cada crisis de desplazamiento. Por lo que respecta al

Las cuestiones objeto de debate en torno a la concreción de la obligación de solidaridad entre Estados, en los últimos años, no hacían presagiar la manera en que se ha resuelto esta cuestión en el contexto de la crisis de Ucrania. La plena disposición de todos los EMs hacia la acogida, combinada con una solidaridad admirable por parte de la ciudadanía europea, ha devenido en una aplicación del artículo 25 insólita, no solo con relación a la propia Directiva, sino también respecto a las claves del SECA.

Efectivamente, tal y como reconoce la Decisión de Ejecución, las personas desplazadas nacionales de Ucrania, en su condición de viajeros exentos de la obligación de visado, tienen derecho a circular libremente dentro de la Unión, tras ser admitidos en el territorio durante un período de 90 días. Sobre esta base, pueden elegir el EM en el que deseen disfrutar de los derechos vinculados a la protección temporal y reunirse con sus familiares y amigos de entre las importantes redes de la diáspora que existen actualmente en toda la Unión⁸⁶. En la práctica, —en palabras del Consejo— esto facilitará un esfuerzo equitativo entre los EMs, reduciendo así la presión sobre los sistemas de acogida nacionales⁸⁷, y ayudará a la Unión y a sus Estados a garantizar una gestión eficaz y controlada del flujo

reconocimiento de agencia a las personas desplazadas, ninguno de los instrumentos prevé que las personas tengan capacidad de decisión al respecto. Ver: COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un mecanismo de reubicación de crisis y se modifica el Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del EM responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. COM (2015) 450 final, Bruselas, 9.9.2015. COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del EM responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido). COM (2016) 270 final. Bruselas, 4/5/2016, p. 4. COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. COM (2020) 609 final. Bruselas, 23.9.2020. COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) XXX/XXX (Fondo de Asilo y Migración). COM (2020)610 final. Bruselas, 23.9.2020, p. 7. En adelante: Propuesta de Reglamento GAM. COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Reglamento de Crisis.

⁸⁶ Se toma como modelo de contraste lo sucedido tras la anexión ilegal por parte de Rusia en 2014 de la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol, así como la guerra de Ucrania oriental. En función de esta experiencia previa, se estima que la mitad de las personas nacionales de Ucrania que lleguen a la Unión, acogiéndose a la exención de visado para viajar para estancias cortas, se reunirán con miembros de su familia o buscarán empleo en la Unión, mientras que la otra mitad solicitará protección internacional. Considerando 6 de la Decisión de Ejecución del Consejo.

⁸⁷ Los titulares de pasaporte biométrico están exentos de la obligación de estar en posesión de un visado para cruzar las fronteras exteriores de los EMs, para estancias no superiores a 90 días, de conformidad con el anexo II del Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 (DO L, 303 de 28.11.2018). Una vez que un EM haya expedido un permiso de residencia de conformidad con la Directiva 2001/55/CE, la persona que goce de la protección temporal, mientras tenga el derecho a viajar dentro de la Unión durante 90 días dentro de un período de 180 días, debe poder hacer uso de los derechos derivados de la protección temporal únicamente en el Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia. Esto debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que un Estado miembro decida expedir en cualquier momento un permiso de residencia a las personas que gozan de protección temporal en virtud de la presente Decisión. Ver Considerando 6 y 16 de la Decisión de Ejecución.

de personas desplazadas, en un momento en que se producen llegadas masivas⁸⁸. Se reconoce así, de manera expresa, que el reconocimiento de la agencia de las personas desplazadas y el derecho a la “auto-reubicación” tiene la virtud de aliviar la presión sobre los sistemas de asilo y acogida⁸⁹.

La Decisión diseña un modelo de reparto de responsabilidades que confía en la autogestión y en la libertad de elección de las personas desplazadas, esto es, descansa en la confianza en que la libertad de circulación –para cuya garantía han de consensuar la no aplicación del art. 11 de la Directiva⁹⁰– y las previas redes de diáspora deparen un reparto de las personas desplazadas que no solo recaiga en los países fronterizos con Ucrania. Según los datos aportados por la Comisión Europea, se considera que las personas desplazadas aprovecharán las redes de diáspora y las oportunidades de migración legal en los destinos tradicionales, esto son, Alemania, Chequia, España, Italia y Polonia⁹¹.

Las disputas sobre el reparto de la responsabilidad en la crisis de 2015-2016 han dado paso a un mecanismo de asignación simple, la libre elección, que es una de las mayores sorpresas de la Decisión de Ejecución. El dispositivo se abstiene de especificar qué país alberga a cuántas personas desplazadas y libera así a las autoridades nacionales de los complejos procedimientos de reubicación –tan denostados por algunos países⁹²–, pero este método tiene un precio en términos de incertidumbre. Tal grado de inseguridad jurídica solo puede explicarse en el contexto de la vaguedad de la propia Directiva que renuncia a abordar esta cuestión fundamental. Así, la Decisión del Consejo no incluye información sobre las capacidades de los EMs según lo dispuesto en el art. 5 c 3 de la Directiva de Protección Temporal, por lo que se desconoce qué ocurrirá si la situación bélica se recrudece y aumenta el número de llegadas a la Unión. La garantía de la acogida, en el marco de este tipo de dispositivo, especialmente si confía en la autogestión, requiere de una revisión constante de las capacidades de acogida de los Estados afectados, a fin de tomar medidas de apoyo adicional, en caso de ser necesario. La Decisión dispone que esta coordinación se lleve a cabo a través de la “plataforma de solidaridad”, coordinada por la Comisión, que será también la encargada de la detección de las necesidades

⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Decisión de Ejecución, p. 4.

⁸⁹ COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Decisión de Ejecución, parágrafo 14, p. 13.

⁹⁰ En virtud del considerando 15 de la Decisión de Ejecución del Consejo, los EMs han acordado en una declaración que no aplicarán el artículo 11 de la Directiva 2001/55/CE. El art. 11 establece que: “Los Estados miembros volverán a acoger a un beneficiario de la protección temporal en su territorio cuando dicho beneficiario permanezca o pretenda entrar sin autorización en el territorio de otro Estado miembro durante el período cubierto por la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5. Los Estados miembros, a tenor de un acuerdo bilateral, podrán decidir que no se aplique el presente artículo”.

⁹¹ COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Decisión de Ejecución, p. 7.

⁹² Es conocida la tajante oposición de los países de Visegrado a las medidas de reubicación obligatorias. Puede verse, *inter alia*, Joint Statement of the Prime Ministers of the Visegrad Group, 9 July 2021. Disponible en: <https://www.visegradgroup.eu/calendar/2021/joint-statement-of-the-210713>. Curiosamente, el 29 de marzo de 2022, el gobierno polaco ha solicitado activar un programa de reubicación de personas refugiadas de Ucrania que necesitan atención médica, desde su país a otros países de la Unión. Ello contribuiría a aliviar el sistema de salud polaco y mantener recursos suficientes para hacer frente a la acogida de más personas desplazadas. Ver: <https://www.visegradgroup.eu/news/eu-needs-relocation>

suplementarias⁹³. A 8 de marzo de 2022, la Comisión disponía que, en ese momento, la capacidad de acogida era suficiente, habida cuenta que muchas de las personas que llegaban se desplazan rápidamente para reunirse con sus familiares o amigos. Polonia, Rumanía, Hungría y Eslovaquia notificaron que disponían de capacidad⁹⁴. En todo caso, está previsto que, en caso necesario, la Comisión junto con la Agencia de Asilo, coordine el traslado de personas entre EMs dentro de la Unión, en una clara alusión a la reubicación a la que no denomina de esta forma⁹⁵.

La apertura del espacio europeo de protección a la libre elección de las personas desplazadas, de manera que estas puedan escoger con libertad el Estado que garantice los beneficios asociados a la Directiva, se encuentra en las antípodas de un sistema cuya piedra angular –el sistema de Dublín– se caracteriza precisamente por no reconocer agencia a las personas necesitadas de protección internacional⁹⁶. En este caso, se confía en que la libre elección garantice la equidad en el esfuerzo equitativo lo que no tiene por qué llevar a ese resultado necesariamente, pero no cabe duda de que esta experiencia permite experimentar con un modelo alternativo de gestión colectiva de las emergencias migratorias, que necesariamente habría de provocar un replanteamiento de las bases del sistema. En definitiva, dejando al margen la novedad relativa a la consideración de decisión a las personas desplazadas, el sistema no deja de poner de manifiesto que la solidaridad en la Unión es flexible, desigual y depende enormemente de las circunstancias fácticas.

IV. LAS AFLUENCIAS MASIVAS EN CONTEXTOS DE CRISIS. PROPUESTAS EN EL MARCO DEL NUEVO PACTO EUROPEO DE MIGRACIÓN Y ASILO

En el marco de la reforma que plantea el Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo presentado en 2020, el mecanismo de solidaridad resulta más exhaustivo que en propuestas anteriores de la Comisión, así como sumamente complejo⁹⁷. En realidad, la

⁹³ Véase art. 3.2 de la Decisión de Ejecución del Consejo. Téngase en cuenta que, para llevar a cabo tal seguimiento, la Comisión se servirá de la Agencia FRONTEX, la Agencia de Asilo de la Unión Europea, además de Europol. Hasta el momento de adopción de la Decisión de Ejecución, sobre la base de la información comunicada por unos pocos EMs en el marco de la Red de Preparación y Gestión de Crisis Migratorias de la UE, las capacidades de acogida, excluida la capacidad de absorción de la diáspora ucraniana residente en la Unión, superaba las 310 000 plazas (considerando 20 de la Decisión de Ejecución del Consejo).

⁹⁴ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación “Solidaridad europea con los refugiados”, *op. cit.*, p. 3. Según la Agencia de Derechos Fundamentales, los sistemas de asilo de dichos EMs están respondiendo bien, a pesar de la escasa experiencia en la acogida de grandes números de personas desplazadas. FRA. *The War in Ukraine-Fundamental Rights Implications Within the EU* (1 March-27 April 2022), p. 24.

⁹⁵ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación “Solidaridad europea con los refugiados”, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁶ Según Di Filippo y Acosta Sánchez no se trata de un cambio de rumbo, sino más bien el fruto de un cinismo mal disimulado, hasta el punto de que el reconocimiento de agencia a las personas desplazadas es funcional a una reducción de las cargas para el conjunto de los Estados, gracias a la diáspora ucraniana. DI FILIPPO, M., ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “La protezione temporanea, da oggetto misterioso a realtà operativa: aspetti positivi, criticità, prospettive”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2022, p. 942.

⁹⁷ Abarca toda la Parte IV de la Propuesta de Reglamento GAM (arts. 45-61), con independencia de las disposiciones al respecto de la Propuesta de Reglamento de Crisis.

solidaridad entre los Estados seguirá teniendo un carácter voluntario en circunstancias normales. No obstante, el sistema desarrolla pormenorizadamente tres escenarios en los cuales la solidaridad intra-estatal, a través de contribuciones, va a ser obligatoria. Su carácter vinculante tiene como finalidad que el sistema pueda responder de manera predecible y efectiva a las realidades cambiantes –con un creciente porcentaje de flujos migratorios mixtos hacia la Unión–, y garantizar un reparto equitativo de responsabilidades en consonancia con el Tratado⁹⁸.

De esta forma, la propuesta prevé la aplicación de medidas de solidaridad en el contexto de tres situaciones: a) desembarco tras operaciones de búsqueda y salvamento⁹⁹; b) en situación de “presión migratoria”¹⁰⁰; y c) en situación de crisis, supuesto regulado en la propuesta de Reglamento de Crisis, que supondría la derogación de la Directiva 2001/55/CE. En su lugar, este instrumento estaría llamado a abordar las situaciones excepcionales de afluencia masiva de aquellas personas nacionales de terceros Estados que llegan de forma irregular a un EM. No creemos que la actual experiencia de aplicación de la Directiva de Protección Temporal, en el caso del desplazamiento desde Ucrania, vaya a suponer un cambio en la necesidad percibida de llevar a cabo una sustitución de la norma o, al menos, su modificación. Por tanto, interesa analizar el enfoque propuesto.

Por lo que respecta a la activación del dispositivo, será la Comisión –en lugar del Consejo– quien ostente la autoridad para iniciar el procedimiento, a quién concederlo y por cuánto tiempo (art. 10.4). Se agiliza, pues, el proceso de activación, al evitar las negociaciones en el Consejo, y se incorpora un estatuto de protección llamada “inmediata”, más garantista que el recogido en la Directiva 2001/55, pero a cambio, de reducir considerablemente el ámbito de aplicación personal para circunscribirlo a los que hubieran sido potenciales beneficiarios de la protección subsidiaria, en exclusiva (art. 10.1).

Del artículo 1.2.a), que define qué se entiende por situación de crisis, deducimos que hay tres elementos que la Comisión tendrá que tomar en consideración en su evaluación y que reducen, por la mínima, el amplio margen de discrecionalidad que detenta: a) la excepcional afluencia masiva –o el riesgo inminente– debe ser de una determinada

⁹⁸ COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Reglamento GAM, p. 13.

⁹⁹ Según el art. 2 v) de la Propuesta de Reglamento GAM: son “operaciones de búsqueda y salvamento” las reguladas en el Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo de 1979, adoptado en Hamburgo (Alemania) el 27 de abril de 1979. Las operaciones pueden estar dirigidas por EMs o por organizaciones privadas, bien siguiendo las instrucciones de aquellos o de forma autónoma. La solidaridad en estos casos se desplegará cuando estas operaciones generen “llegadas constantes” de nacionales de terceros países y apátridas al territorio de un Estado miembro, independientemente de la existencia o no de una situación de presión migratoria (véanse el considerando 18 y el art. 47.1 de la Propuesta de Reglamento GAM).

¹⁰⁰ El artículo 2 w) de la Propuesta de Reglamento GAM define presión migratoria como la situación en la que se produce una “gran cantidad de llegadas” de nacionales de terceros países o apátridas, o bien existe un “riesgo” de que se produzcan dichas llegadas, también cuando tengan lugar tras operaciones de búsqueda y salvamento, debido a la situación geográfica de un Estado miembro y a los acontecimientos concretos en terceros países que generen movimientos migratorios que supongan una carga incluso para sistemas de asilo y acogida bien preparados, y que requiere acción inmediata.

“naturaleza y magnitud”, que será identificada en proporción a la población y PIB del EM afectado; b) debe afectar al sistema de retorno, acogida o asilo del EM, de manera que deje de ser funcional; y c) pueda tener consecuencias graves para el funcionamiento del SECA o el Marco Común.

Tal y como ocurre en la Directiva de Protección Temporal, se evita una medición meramente cuantitativa del flujo, para seguir apostando por la evaluación subjetiva, en función de las particularidades del Estado afectado, pero concretando ahora que esa valoración se ha de hacer respecto a dos variables directamente relacionadas con la riqueza y bienestar del Estado: la población y el PIB del país. Se incorpora, así, un indicador relativo de la magnitud de la afluencia que ayudará a concretar su impacto en el país determinado.

Con relación al requisito de los “efectos contrarios”, ya no se trata de un indicador preferente, sino que ahora su evaluación es obligatoria y más amplia en dos sentidos. Por un lado, aunque ahora queda claro que la afluencia masiva puede conducir a una situación de crisis en un Estado concreto, tales situaciones estarían cubiertas por la norma *solo* si se demuestra que tendrían graves consecuencias para el funcionamiento del SECA o el Marco Común, según lo establecido en la propuesta de Reglamento sobre gestión del asilo y la migración¹⁰¹. Se amplía, por tanto, el radio de acción de los efectos adversos, de manera que la afluencia a gran escala ha de tener consecuencias en el conjunto de la Unión. Por otro lado, los “efectos contrarios” no solo pueden darse en el sistema de asilo o de acogida, sino también en el de retorno. No queda claro cuando el sistema de asilo o retorno de un Estado deja de ser funcional o por qué una disfunción en materia de retorno tendría que ser aceptada como un indicador relevante¹⁰². Que, a la hora de evaluar la salud de un sistema de protección internacional se ponga al mismo nivel los potenciales fallos en el sistema de asilo y de acogida, con la capacidad para retornar personas es preocupante. Incorporar esa variable desvirtúa el sentido de los “efectos contrarios” y la finalidad de la activación de un mecanismo de crisis en asilo que debe coadyuvar a garantizar el respeto del principio de no devolución (de conformidad con el mandato del art. 78.1 TFUE) y proteger los derechos de las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional. Los efectos adversos se han de centrar en los aspectos que redundan en el interés de las personas afectadas y al de otras que soliciten protección (art. 2 Directiva 2001/55). Desde esa perspectiva, cualesquiera disfunciones en el sistema de retorno no deberían considerarse una variable de medición.

Las dos condiciones “funcionalidad del sistema” y “las consecuencias graves para el SECA o Marco Común” son términos demasiado vagos y dejan (de nuevo) un amplio margen de apreciación en manos (esta vez) de la Comisión Europea y sus Agencias. En todo caso, sí es importante que incluya las fuentes de contraste en que ha de basarse la decisión (art. 3.8). Han pasado más de veinte años desde la adopción de la Directiva 2001/55 y la Unión dispone ahora de más herramientas para realizar una evaluación

¹⁰¹ COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Reglamento GAM, p. 14.

¹⁰² INELI-CIGER, M., What a difference two decades make? The shift from temporary to immediate protection in the New European Pact on Asylum and Migration, EU Immigration and Asylum Law and Policy, 11 November 2020.

anticipada sobre el terreno. La Comisión ha de basar su decisión sobre la base de información documentada y, especialmente, de la información recogida por el Plan Rector de Preparación y Gestión de Crisis Migratorias, la EASO, FRONTEX y el Informe de Gestión de la Migración. La decisión de la Comisión tendrá que mencionar estas fuentes, si bien se echa en falta haber incluido la necesaria obligación de atender los datos de las agencias de Naciones Unidas, en particular, del Alto Comisionado, expresamente mencionado en la Directiva de Protección Temporal, cuya consulta –aunque no es vinculante– resulta obligatoria.

En estos casos, no se establece un procedimiento más automático y automatizado, como cabía esperar dada la urgencia de estas situaciones, sino que de nuevo se procederá a realizar una valoración *ad hoc*. Así, se prevé que la Comisión realice una evaluación, así como un Informe que, en este caso, deberá indicar si el Estado en cuestión se encuentra en una situación de crisis como la definida en el artículo 1.2.a). Este Informe se enviará al Parlamento Europeo y al Consejo en una semana. Del mismo modo, los EMs presentarán sus Planes Solidarios en respuesta a la crisis en el plazo de una semana, desde el momento en que concluye la evaluación sobre la existencia de una crisis. A continuación, la Comisión adoptará el acto de ejecución, también en el plazo de una semana desde la presentación de los planes de respuesta solidaria o de la convocatoria del Foro de Solidaridad, en caso de falta de correspondencia entre las contribuciones y las necesidades especificadas¹⁰³.

La aportación de contribuciones solidarias es una obligación de carácter vinculante. Tanto es así que, en la “invitación” que cursa la Comisión, se especificará el número total de personas que cada Estado debe reubicar, calculado de conformidad con la clave de reparto (basada en el PIB y la población, ponderados el 50%) que se regula en el artículo 54 de la Propuesta. Como puede verse, la Comisión realiza una previsión exhaustiva de las necesidades, pero estas quedan a expensas de las “contribuciones solidarias” que cada EM especifique en su “Plan de Respuesta Solidaria”.

A cambio de una solidaridad obligatoria en los tres escenarios descritos, los Estados gozarán de “flexibilidad” para determinar sus contribuciones solidarias entre un abanico de dos posibilidades: reubicación y el llamado patrocinio de retornos de nacionales de terceros países en situación irregular. La solidaridad es *obligatoria*, pero se puede *negociar qué solidaridad y cuánta solidaridad* y solo en última instancia, si estas siguen siendo “manifiestamente insuficientes”, la Comisión está facultada para adoptar un acto de ejecución con el contingente definitivo y obligatorio para todos los Estados. Eso sí, no existe margen para la participación de la persona desplazada que, en este sentido, queda

¹⁰³ Véase el art. 2, 3 y 4 de la Propuesta de Reglamento de Crisis y FM.

El acto de ejecución se adoptará de conformidad con el artículo 8 del Reglamento (UE) 182/2011, en relación con su artículo 5, en virtud del cual, por razones imperiosas de urgencia debidamente justificadas debido a una situación de crisis presente en un Estado miembro beneficiarios, la Comisión estará facultada para adoptar un acto de ejecución que será aplicable inmediatamente y permanecerá en vigor por un plazo no superior a un año. Reglamento (UE) N° 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión DOUE-L-2011-80348.

obviada de la ecuación. ¿Se puede mantener dicha omisión después de la experiencia de solidaridad basada en la libre elección de la crisis de Ucrania?

V. CONCLUSIONES

La concesión de protección temporal a las personas desplazadas de forma masiva desde Ucrania ha supuesto la activación de la Directiva 2001/55/CE, por primera vez, tras más de veinte años desde su adopción. Esta experiencia práctica está mostrando las bondades de un dispositivo olvidado y denostado que, no obstante, resulta una pieza indispensable con objeto de que el SECA pueda garantizar protección a toda persona que lo necesite, con independencia de la magnitud del exilio en que se encuentre. Más allá de poner en valor la norma, la respuesta de la Unión, en este caso, está mostrando que es posible renunciar a la inmoral –y, a menudo ilegal– política de contención y exclusión de los flujos de personas, por otra de fronteras abiertas y protección inmediata, que permita una aplicación del sistema en mayor consonancia con los valores que sustentan el proceso de integración. Dicho giro copernicano solo puede ser bienvenido, si bien plantea serias dudas sobre el doble rasero de la Unión, con respecto a crisis migratorias anteriores que involucraron a personas con iguales necesidades de protección (también huían de la guerra o la persecución) y cuyo volumen llegó a colapsar los sistemas de acogida de varios EMs. Se suele hablar de los marcados elementos de especificidad de la crisis de Ucrania, pero ni el criterio de proximidad con Europa es un requisito contemplado en la normativa, ni el origen de las personas afectadas debe ser un elemento que valorar, a la luz de las obligaciones internacionales.

No cabe duda de que los conceptos jurídicos indeterminados que sirven de presupuesto a la activación del mecanismo y la opción expresa de la Directiva por evitar el uso de indicadores de medición de la magnitud del exilio, de los efectos contrarios al sistema de asilo o incluso de la equidad en el fomento de un esfuerzo entre los EMs no ayudan a generar certidumbre. La propuesta del Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo de incorporar indicadores para la evaluación de los conceptos clave, así como el traspaso de poderes a la Comisión es un paso positivo. No obstante, la experiencia de los últimos años nos hace dudar de que la Comisión estuviera dispuesta a adoptar un acto ejecutivo en ese sentido sin el previo consenso de los EMs, por mucho que la propuesta no lo exija, como tampoco lo hace la Directiva de Protección Temporal.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación personal, no se ha aprovechado al máximo el hecho de que la Directiva tan solo exija que las personas hayan abandonado su país o “región de origen”, abriendo la puerta a la protección no solo de las personas nacionales de Ucrania, sino también a las nacionales de otros países residentes en el país. Sin embargo, en atención a la Decisión de Ejecución, los únicos extranjeros que tienen garantizada la protección de la Directiva son los familiares de las personas ucranianas o aquellas beneficiarias de protección internacional. El grueso de las personas desplazadas extranjeras en Ucrania queda a merced de los Estados, en ese sentido. El que no todos los EMs garanticen la acogida temporal a las mismas categorías y que el tipo de protección no deba ser siquiera equivalente no asegura un trato homogéneo en toda la Unión, lo que

está en las antípodas del enfoque común que alberga el espíritu de la Directiva –más allá de sus normas mínimas–, así como del actual contexto de desarrollo del SECA.

Lo que sí marca un punto de inflexión altamente positivo es la interpretación de las medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los EMs y que confirman a la Directiva 2001/55/CE como un auténtico ejemplo de solidaridad, en el sentido del artículo 80 TFUE. El diseño de un modelo de reparto de las responsabilidades que confía en la autogestión, y el reconocimiento expreso de que esa libertad de elección facilita el esfuerzo equitativo y tiene la virtud de aliviar la presión sobre los sistemas de asilo y acogida pone en cuestión algunos de los principios sacrosantos del sistema que parecían inalterables (la lucha contra los movimientos secundarios, la incapacidad de elegir el Estado responsable del examen de las solicitudes de protección internacional...). Esta experiencia práctica nos muestra que el principio predominante de la política de asilo, en virtud del cual, las personas demandantes de protección internacional no tienen capacidad de agencia y están excluidas del derecho a circular libremente por la Unión debe ser reconsiderado.

De momento, la adopción de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, sin que podamos afirmar su capacidad disruptiva, sí tiene el potencial de estimular el desarrollo de un proceso que sienta otras bases en el sistema, y que ha de informar necesariamente las modificaciones normativas que se definirán el SECA de las próximas décadas, con objeto de que puedan considerarse, en puridad, un nuevo comienzo.