

Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea

Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo



Marco Aparicio Wilhelmi
Mariona Illamola Dausà
David Moya Malapeira
Susana Rodera Ranz
(coord.)

Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea
Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo

Sèrie ACTA

LAS FRONTERAS DE LA CIUDADANÍA EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA

ACTAS DEL II Y III ENCUENTRO DE
JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO
DE INMIGRACIÓN Y ASILO

MARCO APARICIO WILHELMI
MARIONA ILLAMOLA DAUSÀ
DAVID MOYA MALAPEIRA
SUSANA RODERA RANZ

(COORD.)

BIBLIOTECA DE CATALUNYA. DADES CIP

Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo (2º : 2004 : Barcelona)
Las Fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea : actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo / Marco Aparicio Wilhelmi, ...[et al.] (coord.). - Girona : Documenta Universitaria, 2006. - [441 p. ; 23 cm]. - (Documenta Universitaria. Acta)
ISBN: 84-935231-9-4

I. Aparicio Wilhelmi, Marco, coord. II. Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo (3º : 2005 : Girona) 1. Emigració i immigració - Dret i legislació - Unió Europea, Països de la - Congressos 2. Immigrants - Situació legal, lleis, etc. - Unió Europea, Països de la - Congressos 3. Asil, Dret d' - Unió Europea, Països de la - Congressos

CIP 341.95(4)(063) ENC

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios para aquellos que reprodujeran, plagiaran, distribuyeran o comunicaran públicamente, en su totalidad o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier clase de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

Imagen de la cubierta: Stock.xchng® vi (<http://www.sxc.hu/photo/582914>)

Responsables de la edición: Mariona Illamola Dausà, Susana Rodera Ranz

© los autores

© DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®
www.documentauniversitaria.com

© Edicions a Petició, SL
www.edicionsapeticio.com

Impresión: Publidisa

Depósito legal: X-XXXXX-2006 UE

ISBN 13: 978-84-935231-9-0

ISBN: 84-935231-9-4

Girona, noviembre de 2006

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|-------------------|---|
| Presentación..... | 9 |
|-------------------|---|

CUESTIONES DE EXTRANJERÍA EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL DERECHO INTERNO

| | |
|--|-----|
| Algunas reflexiones sobre la situación actual de la inmigración y las perspectivas de futuro (con atención especial a la vertiente laboral)..... | 13 |
| <i>EDUARDO ROJO TORRECILLA</i> | |
| Novedades en Derecho Comunitario de Inmigración y Asilo..... | 27 |
| <i>CONSTANÇA URBANO DE SOUSA</i> | |
| Las disposiciones transitorias sobre la libre circulación de trabajadores previstas en el Tratado de adhesión de 2003: alcance de las restricciones que pueden imponer los Estados miembros..... | 41 |
| <i>FRANCINA ESTEVE GARCIA</i> | |
| La Unión Europea y la política de integración de los inmigrantes..... | 61 |
| <i>MARIONA ILLAMOLA DAUSÀ</i> | |
| The ordre-public clause in EC migration law..... | 73 |
| <i>MARION SCHMID-DRÜNER</i> | |
| Luces y sombras del vigente reglamento de extranjería..... | 89 |
| <i>CAMINO VIDAL FUEYO</i> | |
| Una hipotética reforma de la Ley de Extranjería acorde con el Derecho Internacional..... | 101 |
| <i>SUSANA RODERA RANZ</i> | |

ACERCA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS

| | |
|---|-----|
| Estatuto jurídico del migrante en situación irregular. La evolución del Derecho Internacional en una progresiva protección de los derechos de toda persona..... | 115 |
| <i>SUSANA RODERA RANZ</i> | |
| Inmigración y derechos sociales en el ordenamiento jurídico español. Razones para un profundo replanteamiento..... | 129 |
| <i>MARCO APARICIO WILHELMI</i> | |
| La protección de la salud de los inmigrantes: notas sobre su regulación en España... 145 | |
| <i>MÓNICA ARBELÁEZ RUDAS</i> | |
| La regulación del derecho a la educación en el ámbito de la extranjería y las demandas de las minorías religiosas..... | 159 |
| <i>SONIA GARCÍA VÁZQUEZ</i> | |
| Las concentraciones de alumnos extranjeros en Cataluña: un reto social y educativo..... | 169 |
| <i>IGNASI MANRUBIA COSTA</i> | |
| El derecho a la vivienda de las personas inmigrantes: notas para una aproximación..... | 187 |
| <i>GERARDO PISARELLO, VANESA VALIÑO</i> | |

| | |
|---|-----|
| Reagrupación familiar y parejas de hecho | 199 |
| <i>DIANA B. MARÍN CONSARNAU</i> | |
| El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos | 211 |
| <i>DIEGO BOZA MARTÍNEZ</i> | |
| Algunos apuntes sobre la protección de los inmigrantes menores de edad en la vigente normativa sobre extranjería | 223 |
| <i>ESTHER GÓMEZ CAMPELO</i> | |
| Reflexiones desde la otra orilla: los menores inmigrantes no acompañados..... | 237 |
| <i>SONIA GARCÍA VÁZQUEZ</i> | |
| Las limitaciones indirectas de los derechos de los inmigrantes desde la administración local | 249 |
| <i>ÁNGELES SOLANES CORELLA</i> | |
| ¿Es el derecho penal español un instrumento de protección de los derechos de los extranjeros? | 265 |
| <i>JOAN BAUCELLS I LLADÓS</i> | |
| Extranjería en la Región de Murcia. Algunos elementos destacados..... | 281 |
| <i>ANTONIO QUIRÓS FONS</i> | |

SOBRE EL DERECHO DE ASILO

| | |
|--|-----|
| Del “derecho de buscar asilo” al “Estatuto de Refugiado” | 297 |
| <i>JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ</i> | |
| Hacia la externalización del asilo en la Unión Europea | 311 |
| <i>SÍLVIA MORGADES GIL</i> | |
| Consecuencias del desorden internacional en la formulación de un régimen armonizado de protección subsidiaria en la Unión Europea | 331 |
| <i>SÍLVIA MORGADES GIL</i> | |
| Los motivos de persecución en la Directiva sobre el Estatuto de Refugiado y Protección Subsidiaria | 349 |
| <i>IRENE CLARO QUINTÁNS</i> | |
| Diez Notas sobre el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre sobre Régimen de Protección Temporal en caso de Afluencia masiva de Personas Desplazadas. Un nuevo estatuto cualificado de Extranjería..... | 361 |
| <i>NURIA ARENAS HIDALGO</i> | |

DERECHO COMPARADO

| | |
|---|-----|
| The Obstacles Faced by Third Country National Migrant Workers in Ireland..... | 385 |
| <i>ELAINE DEWHURST</i> | |
| The implementation of Germany’s new Immigration Act and its European context | 397 |
| <i>MARION SCHMID-DRÜNER</i> | |
| Recent Developments in German Immigration and Nationality Law..... | 411 |
| <i>MARIANNE WIEDEMANN</i> | |
| Asylum and migration in Romania..... | 425 |
| <i>SIMINA TANASESCU</i> | |

**DIEZ NOTAS SOBRE EL REAL DECRETO 1325/2003, DE 24 DE
OCTUBRE SOBRE RÉGIMEN DE PROTECCIÓN TEMPORAL EN
CASO DE AFLUENCIA MASIVA DE PERSONAS DESPLAZADAS.
UN NUEVO ESTATUTO CUALIFICADO DE EXTRANJERÍA**

NURIA ARENAS HIDALGO*

ABSTRACT

The present study focuses on the analysis of Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre sobre Régimen de Protección Temporal en caso de Afluencia masiva de Personas Desplazadas that establishes the Spanish model of temporary protection of mass exiles, and at the same time, harmonizes Spanish legislation to existing EC law, and in particular Council Directive 2001/55/EC on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof. The Spanish regulation sets up a new qualified status of immigration in the scheme of asylum normative. The study undertakes an assessment of its main ten characteristics.

1. ORIGEN Y FINALIDAD DEL REGLAMENTO DE PROTECCIÓN TEMPORAL

El artículo 1 del *Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas*¹ nos ilustra sobre la razón de ser de esta reciente normativa adoptada en el marco del Derecho de extranjería y asilo:

“Este Reglamento tiene por objeto regular el régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países no miembros de la Unión Europea que no puedan regresar en condiciones seguras y duraderas debido a la situación existente en ese país, y que puedan eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.A de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados, de 28 de julio de 1951, u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional”

La necesidad de protección territorial de aquellas personas que, de forma masiva, pudieran encontrarse en una situación de amenaza a su vida o libertad, consecuencia de la cual pudieran ser merecedoras de asilo, no ha pasado desapercibida en lo que respecta a la legislación española. No obstante, la normativa aplicable a estos casos, esta es, la *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo* –en especial su artículo 17.2 y la Disposición Adicional primera del Reglamento de aplicación aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero– requería de una adaptación

al Derecho comunitario que, contra todo pronóstico años atrás, empieza a gozar de competencias sobre áreas que se hallaban especialmente ávidas de armonización. En efecto, el Tratado de Ámsterdam, en su disposición 63.1 y 2, otorga al Consejo la base jurídica suficiente para regular medidas en materia de asilo como la determinación del Estado responsable del examen de las estas demandas; normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo; normas mínimas de procedimiento; aquellas relativas a refugiados y personas desplazadas en casos de afluencia masiva; así como la creación de un instrumento financiero para sostener económicamente las consecuencias de dicha acogida en los Estados miembros. El fruto –si bien algo tardío– de dicho mandato conformaría el llamado “sistema europeo común de asilo”, cuya primera fase de ejecución ha finalizado el pasado mes de diciembre con la adopción de la última de las Directivas en curso de negociación².

La creación de un sistema europeo de protección temporal para poblaciones exiliadas en forma masiva se incluye, definitivamente, en la agenda comunitaria y, de hecho, resultó de las primeras normas en obtener el consenso necesario para ver la luz. La *Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida* dispone, en su artículo 32, que los Estados miembros pondrían en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 2002. El Reglamento de Protección Temporal supone, en cumplimiento de dicha disposición, la transposición al ordenamiento español de la citada Directiva.

Lo que hace diferente esta normativa a aquella derivada de la adaptación llevada a cabo por otros Estados estriba en que no sólo supone la transposición de la Directiva sino que, al mismo tiempo, desarrolla de forma más explícita los procedimientos que deben seguirse en el ámbito de las competencias nacionales³. De esta forma, a través de una misma norma se regularían tanto el “modelo de protección temporal nacional” como “el comunitario”. Lo cierto es que la Comunidad Europea (CE) no tiene competencias exclusivas respecto a la política común de asilo, por lo tanto, en lo que respecta a la creación de un dispositivo de protección temporal para flujos masivos de población actúa en la medida en la que resulte un problema supranacional que requiera una actuación a este nivel para su mayor eficacia. Lo anterior no es óbice, pues, para la convivencia de esta norma con los sistemas nacionales de protección temporal destinados a entrar en acción en virtud de sus peculiaridades concretas. La Directiva de Protección Temporal no supone una suplantación de los mismos, sino un mecanismo alternativo, en la medida en la que se haga necesaria esa acción a un nivel superior del estatal, es decir, en caso de afluencia de desplazados de gran magnitud. La “comunitaria” tiene su contenido y reglas de procedimiento concretos (se activa a través de una decisión del Consejo por mayoría cualificada). Eso sí, es una competencia compartida pero en cierto modo “excluyente” porque cuando se inicia la protección temporal comunitaria resulta de aplicación obligatoria para los Estados miembros, los cuales, replegarían o reconducirían sus medidas internas si éstas se hubieran iniciado.

El carácter de mínimos de la Directiva tiene la virtualidad de operar en un sentido dual, tanto de carácter negativo como positivo. Respecto al primero, se trata de

establecer las mínimas garantías que han de informar todos los cambios legislativos que se produzcan. En segundo lugar, dado su carácter de mínimos, admite sobre las citadas garantías la adopción por parte de los Estados de disposiciones que resulten más favorables. De esta forma, el artículo 3.5 de la Directiva de Protección Temporal estipula:

“La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la prerrogativa de los Estados miembros de establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de protección temporal”.

Como se podrá comprobar en las siguientes líneas, si bien el Reglamento de Protección Temporal adolece de una transposición, en ocasiones, confusa o asimétrica, de igual forma se ha de reconocer la aplicación al alza, en especial, de aquellas normas que conforman el estatuto jurídico de los desplazados, es decir, la regulación de determinados derechos respecto de los cuales el Estado gozaba de tan amplio margen de apreciación que en función de las particularidades de la transposición de los mismos al ordenamiento interno podrían obtener mayores o menores garantías de cumplimiento efectivo.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DISPOSITIVO DE PROTECCIÓN TEMPORAL

De entrada, es importante subrayar que aunque el Reglamento de Protección Temporal, en una suerte de doble función, dispone dos tipos de activación del dispositivo de acogida –el nacional y el europeo– el resto de disposiciones son comunes a ambos procedimientos. Se evitan, de esta forma, disfunciones o agravios comparativos entre aquellos acogidos en atención a una decisión nacional o europea.

En la medida en la cual el Reglamento no define qué ha de entenderse por un sistema de protección como el que diseña, es posible acudir a la norma de Derecho derivado, en cuyo artículo 2, informa que se trata de:

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

En consecuencia, es posible concluir que se trata de una protección excepcional; de carácter limitado en el tiempo; que se otorga con gran celeridad; que va dirigida a un colectivo de determinadas cualidades subjetivas; y cuya activación está relacionada con la efectividad del procedimiento de asilo. Sería activado sólo en casos de emergencia y en función de su flexibilidad —en la medida en la que no requiere de una determinación individualizada— dispondría una acogida inmediata aunque limitada en el tiempo y enfocada al regreso de los desplazados. Por ende, a través del mecanismo de solidaridad (en términos financieros y de reparto de los acogidos entre los Estados miembros) en el que se basa, permite al sistema de protección, en general, un mejor funcionamiento en crisis de tal calado.

Como puede comprobarse, la normativa comunitaria no pretende crear un nuevo “derecho a la protección temporal” similar a la solicitud del estatuto de refugiado. En este caso, no existe una petición expresa de los sujetos implicados, ni tampoco un procedimiento de determinación de su estatuto. En realidad, se presenta como una “expectativa de protección más que como derecho subjetivo”. No obstante, si bien no se atribuye un derecho subjetivo exigible ante la Administración o los tribunales, una vez decidida por el Consejo su entrada en vigor acarrea todo un conjunto de efectos y consecuencias jurídicas, ahora sí inmediatamente exigibles, como el conjunto de derechos que componen el patrimonio jurídico de los desplazados. No es, pues, un sistema de protección individual (asilo); dispensa, sin embargo, una tutela jurídica, pues no se trata simplemente de un acto de mera tolerancia o ejercicio humanitario.

En términos comparativos, la protección temporal se caracteriza por ser un mecanismo “centralizado” —lo decide el Consejo en el marco europeo y los Estados en el nacional—, de “carácter grupal o colectivo”, —está destinado a un colectivo de personas que no necesitan demostrar el peligro que sufren o pudieran sufrir en el marco de un procedimiento singular—, “objetivo” —no se activa en atención a consideraciones subjetivas— y con vocación “temporal”.

Por lo demás, un dispositivo de protección temporal dedicado en exclusiva a los éxodos en masa supone una importante salvaguarda contra el “abuso de la acogida temporal” en detrimento del asilo. La protección temporal emerge así como un sistema complementario al “sistema europeo común de asilo” destinado a hacerlo funcionar correctamente.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN. CARACTERÍSTICAS *RATIONE PERSONAE*

Con objeto de establecer una diáfana diferencia entre los refugiados y aquellos exiliados a los que pudiera aplicarse el Reglamento de Protección Temporal, éste opta por la utilización del término “desplazado”. El artículo 2 nos proporciona una definición del mismo:

“Se consideran desplazados a los nacionales de un tercer país no miembro de la Unión Europea o apátridas que hayan abandonado su país de origen, o que hayan sido evacuados, en particular:

- a) Las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente.
- b) Las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos³⁴.

De esta forma, la excepcionalidad del dispositivo no sólo deviene de la magnitud del exilio sino, de forma especial, deriva del carácter selectivo del desplazamiento. Se trata de una “afluencia cualificada”. Los Estados miembros han decidido otorgar protección a unos colectivos en concreto y no a todos los que se manifiesten en masa. Así, el desplazamiento a gran escala se va a convertir en una condición determinante, pero no en el criterio de elección exclusivo. A este último se ha de añadir la asunción de unos “peligros” respecto de los cuales existe un acuerdo unánime sobre la necesidad de ofrecerles respuesta. No se va a otorgar protección a todos los desplazados de forma masiva sino a “determinadas personas desplazadas en forma masiva”, aquellas que se han visto expuestas a determinadas amenazas

respecto de las cuales los Estados se han comprometido a través de instrumentos jurídicos nacionales o internacionales a dar protección.

En virtud de la citada disposición, podrían ser potenciales beneficiarios de la protección temporal:

1. Solicitantes de asilo: personas desplazadas de terceros países que pudieran ser considerados refugiados según el artículo 1 A 2, de la Convención de Ginebra.
2. Personas desplazadas de terceros países que pudieran caer dentro del ámbito de aplicación de otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional.

De entre ellos, la norma selecciona los llamados “casos particulares”. Se considera que al referirse a ellos de forma particularizada pretende “primarlos”, no obstante, cualquiera de los desplazados que pudiera beneficiarse de las Directivas que comprenden el llamado “sistema europeo común de asilo” serían potenciales beneficiarios de protección temporal, en caso de que se manifestasen en forma masiva. Tanto la Directiva de Protección Temporal, como el Reglamento en el marco de la regulación de extranjería pueden considerarse complementarios al derecho de asilo y sus normas de aplicación.

Fruto de la evolución de las relaciones internacionales en este último medio siglo, se incorporan las nuevas causas que están en el origen de los desplazamientos masivos de población, especialmente, los conflictos armados de toda índole, en el seno de los cuales se han producido las peores atrocidades desde la Segunda Guerra Mundial. De esta forma, la protección temporal se convierte en una vía para “expandir” las categorías de personas protegidas⁵, y además dispone un nuevo estatuto cualificado de extranjería, el de “persona acogida temporalmente” que resulta una de las más importantes consecuencias del sistema.

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

- Han de ser nacionales de terceros países o apátridas (por tanto no es de aplicación a ciudadanos europeos);
- Han de manifestarse en afluencia masiva (la Directiva opta, conscientemente, por un concepto jurídico indeterminado que los Estados miembros se niegan a cuantificar ni de forma objetiva ni subjetiva⁶);
- Han debido abandonar su país o región de origen o haber sido evacuados (lo que implica la consideración de las personas desplazadas internas como potenciales beneficiarios de la acogida temporal); y,
- El país debe sufrir una situación tal que haga el regreso de estas personas imposible.

Se trata de criterios objetivos comprobables *prima facie* y que deben reunir como grupo, pues no se va a proceder a un examen individual. En consecuencia, pueden resultar confusas las disposiciones 11 y 25 del Reglamento de Protección Temporal:

“Artículo 11: Resolución del Ministerio de Interior. 1. Una vez adoptada la declaración general de protección temporal por el Consejo de la Unión Europea o por el Gobierno español, el Ministro de Interior, previa

solicitud de los interesados que será tramitada por la Oficina de Asilo y Refugio, y a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, resolverá motivada e individualmente sobre la concesión de los beneficios del régimen de protección temporal en los términos y plazos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre”.

“Artículo 25: Revocación del beneficio de la protección temporal. 1. La Oficina de Asilo y Refugio iniciará los trámites para revocar la resolución por la que se concede la protección temporal cuando ésta se haya obtenido mediante datos, documentos o declaraciones cuya falta de veracidad se ponga de manifiesto por otros a los que se tenga acceso posteriormente y que resulten esenciales y determinantes para la resolución final (...)”.

El término “solicitud” del artículo 11 o la alusión del artículo 25 a “datos, documentos o declaraciones” que han de superar el criterio de la “verosimilitud” nos recuerda al procedimiento de determinación del estatuto de refugiado alejado de la determinación grupal *prima facie* que se pretende, por lo que requieren de una interpretación adecuada.

Respecto al artículo 11, y tomando en consideración que la normativa no crea un derecho de acogida territorial exigible al Estado, se considera que se refiere única y exclusivamente a un procedimiento *posterior* a la concesión de la protección temporal y referido a los *derechos* que ésta comprende. La adquisición de protección temporal no lleva aparejado el disfrute de ‘todos’ aquellos derechos que ésta contempla –piénsese en las diversas necesidades de adultos y menores o personas con discapacidad–. Aquellos acogidos en España, en función del Reglamento, tienen derecho a solicitar “los beneficios del régimen de protección temporal”, pero no el beneficio de acogida que es establecido o bien por las autoridades comunitarias o las instancias nacionales.

El artículo 25 resulta aún más ambiguo con la alusión a la “revocación de la resolución por la que se concede la protección temporal”. En los términos en los que se expresa pudiera parecer que aquellos involucrados en la afluencia masiva han de probar, mediante la documentación oportuna, que son beneficiarios de dicha protección. Se hace necesario subrayar que en una interpretación del literal de la norma de Derecho derivado y del Reglamento de aplicación se deduce, de forma diáfana, que el procedimiento de activación del dispositivo no corresponde a los exiliados, en consecuencia, la referencia explícita al deber del desplazado de aportar documentación veraz tan sólo puede ser de recibo, como en el caso anterior, en el marco de un procedimiento posterior a la aplicación del régimen de protección temporal, en cuyo marco, las autoridades nacionales pueden analizar con más precisión los derechos que corresponden a cada desplazado o los casos en los que pudiera ser de aplicación una denegación de protección en aplicación de la cláusula de exclusión (artículo 12 del Reglamento de Protección Temporal).

No queda claro, a falta de disposición al respecto, de qué manera se va a permitir el acceso al territorio de aquellos que huyan de su lugar de residencia habitual sin la utilización del mecanismo de evacuación dadas las férreas medidas de *non entrée* que lo harían tremendamente difícil en esas circunstancias (realmente, se echa en falta una disposición concreta y pormenorizada que regulara este cuestión y, de

forma especial, el método de coordinación de la misma entre los Estados miembros)⁷. A falta de esta previsión normativa, nos parece más acertada la interpretación del profesor Walter Kälin. En su opinión, el sistema de protección temporal suspendería tales disposiciones coadyuvando al reparto de las responsabilidades respecto a estos colectivos con los Estados vecinos al conflicto⁸.

4. ACTIVACIÓN DEL DISPOSITIVO. ÓRGANOS DECISORIOS Y CONDICIONES DE APLICACIÓN

Tal y como se ha subrayado anteriormente, el Reglamento de Protección Temporal si bien diseña un único modelo de protección en cuanto a sus características generales, regula tanto la protección temporal nacional como la aplicación de la demandada por Europa a través de la Directiva. De esta forma se deduce del artículo 4 del Reglamento:

“El régimen de protección temporal regulado en este reglamento se declarará por:

- a) El Consejo de la Unión Europea, mediante decisión, a propuesta de la Comisión Europea.
- b) El Gobierno español, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores en los supuestos de evacuación⁹, o del Ministro del Interior en los de emergencia¹⁰”.

Esa doble posibilidad de activación se regula más pormenorizadamente en los artículos 5 y 6 del Reglamento, los cuales disponen:

“Artículo 5: Declaración general del Consejo de la Unión Europea: 1. El Consejo de Ministros podrá solicitar a la Comisión Europea una propuesta para que declare la protección temporal, que incluya una descripción de los grupos concretos de personas a los que se aplicaría y de las necesidades del Gobierno español para hacer frente a la situación creada.

2. La información sobre la capacidad de recepción del Estado español, así como, en su caso, la disponibilidad suplementaria de acogida con posterioridad a que haya sido declarada la protección temporal será comunicada por el Ministro de Interior, previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería.

3. El Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración designará la autoridad nacional encargada de cooperar con las designadas por los otros Estados miembros en la gestión de la protección temporal. La designación se comunicará a los Estados miembros y a la Comisión Europea”.

“Artículo 6: La declaración del Gobierno español se realizará mediante acuerdo motivado del Consejo de Ministros que deberá contener, como mínimo, las siguientes menciones:

- a) Una descripción de los grupos concretos de personas a las que se aplicará la protección temporal.

- b) La fecha en la que surtirá efecto la protección temporal.
- c) Una estimación de la magnitud de los movimientos de personas desplazadas”.

De ambas disposiciones, resulta imprescindible señalar tres aspectos de interés.

En primer lugar, respecto al modelo europeo, es posible comprobar que la institución competente para iniciar el procedimiento es la Comisión, bien sea de oficio o a instancia de un Estado miembro, cuya solicitud tiene el deber de examinar (artículo 5.1 de la Directiva¹¹). La Comisión es quien ostenta el monopolio para proponer al Consejo la activación del dispositivo y no los Estados, aunque sean éstos directamente afectados por la afluencia masiva. Ahora bien, entendemos que de la Directiva se deriva una “obligación” de estudio de la solicitud del Estado miembro que, en el caso de España, eleva el Consejo de Ministros. Se trata de una decisión que nace de la colaboración del tándem Comisión-Consejo, pues no se prevé la participación del Parlamento Europeo en esta fase del procedimiento. Tan sólo se le informará una vez adoptada la decisión final (artículo 5.5 de la Directiva). Aunque al Consejo le corresponda la última palabra, es obvio que el ejercicio de la facultad de propuesta por parte de la Comisión, y de la consiguiente apreciación de la existencia de la afluencia masiva, supone un límite o restricción a las facultades del Consejo, por cuanto ésta opera sobre la propuesta de la Comisión. En definitiva, esta división o reparto de competencias en la materia constituye una garantía de acierto y de mejor ejercicio de la política de protección temporal.

En segundo lugar, la obligación a la que hace referencia el artículo 5.2 del Reglamento trae causa del artículo 5.3 de la Directiva y, en general, del sistema de responsabilidades compartidas instituido por la normativa comunitaria en el artículo 25.1 y 2. La Directiva vigente establece en su artículo 25.1 que los Estados acogerán con espíritu de solidaridad comunitaria a las personas que puedan optar al régimen de Protección Temporal¹². Esta manifestación diáfana sobre la obligación que asiste a los Estados en este terreno se enturbia, luego, con disposiciones que vienen a demostrar que la normativa resulta de un difícil equilibrio entre posturas encontradas. De este modo, al mismo tiempo que se determina la obligación de acogida solidaria se hace depender la misma de la voluntad manifiesta de los Estados y de las personas desplazadas, el llamado “principio de doble voluntariedad”, por ello el Estado español ha de informar sobre “su capacidad de recepción y disposiciones suplementarias de acogida”. La Directiva opta por un sistema de determinación *ad hoc*; el consenso comunitario no logra establecer un sistema de reparto *a priori*, previsible y de rápida puesta en marcha. Las dificultades jurídicas y discrepancias políticas son evidentes en este terreno. Se requiere el consentimiento de los Estados sobre *si comparten* y *cuánto comparten*. No extraña que pudiera plantearse la posibilidad de que un número destacado de Estados no mostrara su disposición de acogida y ello pudiera llevar aparejado un efecto paralizante del procedimiento de activación de la protección temporal, esto es, el riesgo de llegar a vaciar de contenido la obligación imperativa que parece indicar el artículo 25.1. Han de tenerse en cuenta dos datos relevantes para enmarcar adecuadamente esta problemática: a) que las razones en las que fundar la negativa a la acogida habrán de ser en todo caso objetivas y justificables, a la luz, desde luego, de todos los principios que surcan la Directiva (no devolución, solidaridad, etc.); y, b) que la activación del sistema de Protección Temporal no puede quedar comprometido por esas causas o razones de

determinados Estados, en rigor exógenas o extrínsecas al presupuesto mismo que da vida a esta forma de protección o tutela.

En tercer lugar, tan sólo subrayar que, en el caso de la declaración de protección temporal nacional las motivaciones de la misma coinciden, exactamente, con las requeridas a la Comisión en su propuesta. Sin desmerecerlas, quizá hubiera sido más correcto y garantista utilizar la motivación y el fundamento de la Decisión del Consejo de la UE (artículos. 5.3 y 4 de la Directiva) ya que el Gobierno español es, en comparación, el órgano decisorio no el proponente, sin mencionar que aquella obligaría al concurso de ACNUR y otras organizaciones pertinentes, disposición que se echa en falta en el Reglamento.

5. DURACIÓN. LIMITACIONES *RATIONE TEMPORIS*

La temporalidad –su ámbito de aplicación para unas concretas coordenadas de espacio y tiempo– es una cualidad coherente con el carácter excepcional del dispositivo de protección. Efectivamente, éste nace con fecha de caducidad, tiene un plazo determinado de duración que puede prolongarse, en función de las circunstancias en el país de origen, hasta un máximo de tres años (artículo 4 de la Directiva). La temporalidad se basa en la creencia de que se trata de un exilio que puede encontrar vías de solución a corto plazo; el regreso de los desplazados resulta el término natural del sistema una vez que los esfuerzos internacionales han dado sus frutos y las circunstancias en el país de origen han cambiado lo suficiente como para permitir el retorno de los mismos. Resulta por tanto una protección *interina* en la medida en la que, imposibilitado el regreso de los desplazados durante ese lapso de tiempo, el dispositivo de protección temporal finaliza ineludiblemente para entrar a colación otras medidas subsiguientes en el marco de la legislación estatal de extranjería y protección (artículo 20 de la Directiva). Si el origen del exilio no se ha erradicado, la protección temporal no deviene en una integración definitiva en el país de acogida de forma automática sino que el dispositivo deja de ser aplicable por completo, su función finaliza y entonces se ha de recurrir a otros medios en Derecho.

Resulta curioso que el Reglamento de Protección Temporal si bien determina una duración –con excepción de las prórrogas semestrales– y unas condiciones para la renovación de la acogida idénticas a las de la Directiva¹³, en lo relativo a este tema, no hace referencia al doble dispositivo nacional y europeo; muy al contrario, el artículo 7 del Reglamento tan sólo resulta de aplicación en caso de acogida en territorio español; cuestión ésta si cabe más clara cuando se procede a leer el apartado segundo del mismo. Véase a continuación:

“1. Cuando el Consejo de Ministros declare la protección temporal, ésta tendrá una duración de un año, automáticamente prorrogable por otro periodo anual. Una vez agotada dicha prórroga, y si persisten los motivos que dieron lugar a su adopción, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Interior, oída la Comisión Interministerial de Extranjería, podrá prorrogar dicha protección temporal durante un año más como máximo.

2. En cualquier momento el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Interior, oída la Comisión Interministerial de Extranjería,

podrá dar por finalizada la protección temporal cuando se resuelva el conflicto que la motivó y existan condiciones favorables para el retorno”.

En atención a las disposiciones comunitarias, ningún Estado miembro podría dar por finalizada la acogida sin el concurso del resto de países, pues se requiere una votación por mayoría cualificada en el seno del Consejo, a propuesta de la Comisión (artículo 6 de la Directiva). El artículo 4, en consecuencia, tan sólo se puede predicar del modelo de protección temporal nacional.

No es función de un Reglamento de aplicación llevar a cabo una descripción detallada de todos y cada uno de los conceptos jurídicos indeterminados de la norma comunitaria –en este caso, qué habría de entenderse por “regreso seguro y duradero”–. El margen de apreciación que se presta a los Estados es una decisión consciente de la Directiva. No obstante, no resulta de recibo obviar algunas de las garantías que permitirían diferenciar la discrecionalidad de la arbitrariedad, como la participación de ACNUR u otras organizaciones internacionales en la toma de decisiones, cuestión a la que están obligados por la Directiva comunitaria, a pesar del silencio de la norma de aplicación.

6. ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL. EL PATRIMONIO DE LOS DESPLAZADOS

El Capítulo IV del Reglamento de Protección Temporal (artículos 14-22) se dedica, en exclusiva, a regular “el contenido de la protección temporal”. Derechos inalienables de los desplazados, ya sean éstos acogidos por la activación del sistema nacional o europeo.

La norma de Derecho derivado pretendía, de esta forma, la armonización del estatuto jurídico de los beneficiarios de la protección temporal evitando una excesiva disparidad en el nivel de tratamiento a fin de asegurar un respeto uniforme de los derechos de los acogidos considerados básicos en virtud de las obligaciones internacionales y europeas que regulan esta materia. Ello adquiere mayor sentido aún si tenemos en cuenta que la Directiva incorpora un sistema de reparto equitativo de los desplazados con objeto de equilibrar las cargas de los Estados en la acogida (artículo 25 de la Directiva). Esta manifestación de la solidaridad depende, en términos absolutos, de esa previa armonización sin la cual la distribución pudiera haber resultado discriminatoria.

En un análisis general, pudiera considerarse que el estándar de tratamiento conseguido en el dispositivo de protección temporal no sólo es compatible con las obligaciones internacionales al respecto sino que resulta bastante satisfactorio, con las salvedades que veremos a continuación¹⁴. Conseguida la naturaleza temporal de la protección, garantizar unos derechos que han superado todas las expectativas no resultaba tan gravoso para unos Estados que ya contaban con versiones de la protección temporal en sus ordenamientos internos y que, en muchos casos, resultaban bastante generosas.

Se trata, en todo caso, de una armonización de *mínimos*. Las obligaciones jurídicas que la Directiva estipula representan el básico común denominador que sólo cabe mejorar al alza –recuérdese en este sentido el artículo 3.5 de la Directiva–. Por lo que respecta a la transposición de la norma en España, en una valoración preliminar del Reglamento es posible concluir que en aquellas ocasiones en las

cuales al Estado se le otorga un amplio margen de apreciación éste ha sido utilizado en favor de las personas desplazadas. Tras un análisis preliminar de Derecho comparado merece una valoración positiva, especialmente, en lo relativo a algunos derechos que protagonizaron en su día las más vivas controversias entre los Estados.

Se van a analizar tres cuestiones principales: aquellos derechos que se recogen en ambas normas, la Directiva y el Reglamento; la regulación de la libertad de circulación de los desplazados; y, el derecho de solicitud de asilo.

Si bien la mayoría del estatuto jurídico de los desplazados recogido en la norma de Derecho comunitario se transpone en términos equivalentes en la norma reglamentaria¹⁵, aquellos que pudieran no tomarse en consideración en el Real Decreto son, igualmente, exigibles por los acogidos a las autoridades nacionales, como acreedores de los mismos (por ejemplo en relación al derecho a la educación contemplado en el artículo 14 de la Directiva).

Por lo que respecta a la libertad de circulación es posible distinguir entre la libertad de circulación *ad intra* (libertad deambulatoria en el territorio español), y *ad extra* (libertad deambulatoria en territorio comunitario). La normativa comunitaria no atiende a la libertad de circulación *ad intra* que interpretamos la presupone, ni garantiza, salvo acuerdo de reciprocidad entre los Estados miembros, la libertad de circulación *ad extra*. Así, el artículo 11 de la Directiva determina:

“Los Estados miembros volverán a acoger a un beneficiario de la protección temporal en su territorio cuando dicho beneficiario permanezca o pretenda entrar sin autorización en el territorio de otro Estado miembro durante el periodo cubierto por la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5. Los Estados miembros, a tenor de un acuerdo bilateral, podrán decidir que no se aplique el presente artículo”.

El artículo 18 reproduce el literal, y a través de la disposición 17 las condiciones bajo las cuales las autoridades otorgarán los títulos de viaje necesarios:

“A los beneficiarios de la protección temporal que justifiquen la necesidad de salir del territorio nacional y no tengan pasaporte ni título de viaje, o que, teniéndolos, no sean válidos, se les proveerá de un título de viaje de acuerdo con el artículo 57 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio”.

En cambio, el Reglamento de Protección Temporal sí garantiza, de forma expresa, la libertad deambulatoria en el interior del territorio bajo jurisdicción española. El artículo 14 determina:

“1. La persona a la que por resolución del Ministro del Interior se le conceda el régimen de protección temporal tendrá derecho a circular libremente por el territorio español y a residir libremente en él (...)”.

En tercer lugar, por lo que respecta al derecho de asilo, éste se halla recogido en el artículo 22 del Reglamento:

“Las personas beneficiarias de protección temporal podrán, en calidad de extranjeros, solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado conforme a la Ley 5/ 1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y su Reglamento de aplicación, aprobado

por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero. No se acumularán el beneficio de la protección temporal con los beneficios del solicitante de asilo cuando se esté tramitando su solicitud”.

La Directiva permite la suspensión de la resolución del estatuto de refugiado hasta el periodo máximo de duración de la acogida¹⁶, posibilidad a la que se opusieron países como Francia o España y que protagonizó un intenso debate durante la redacción de la misma¹⁷. No es de extrañar, en consecuencia, que en la transposición de la norma se haga caso omiso de dicha potestad y, a diferencia de la normativa de otros Estados, no se atiende al literal de la norma de Derecho derivado. La posibilidad de suspensión demuestra una falta de ponderación y proporcionalidad a fin de atemperar el efecto que sobre determinados colectivos puede generar dicha indeterminación. Recuérdese que las obligaciones internacionales impiden establecer trabas desproporcionadas al acceso al procedimiento de asilo, quizás pudiera considerarse la suspensión en tan largo periodo de tiempo una de ellas.

No obstante, el Reglamento sí acepta la opción del artículo 19.1 de la Directiva y niega a los desplazados la posibilidad de acumular los beneficios de la acogida temporal con los de los solicitantes de asilo. Si bien la superposición de estatutos podría plantear problemas en la práctica, de ahí lo aconsejable de una diferenciación *a priori*, el interés superior de la protección de las personas en peligro así como una interpretación finalista de la norma hubiera exigido la aplicación del estatuto más beneficioso en cualquier caso. De igual modo, hubiera sido imprescindible prever la consolidación de aquellos beneficios como los permisos de trabajo o análogos que pudieran de otro modo suspenderse o denegarse tras la presentación de la solicitud de asilo.

7. TÉRMINO DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL. FÓRMULAS Y REQUISITOS PARA EL CESE DE LA PROTECCIÓN

El Capítulo V del Reglamento de protección temporal, bajo el enunciado “Extinción de la protección temporal”, regula los casos en los que se procede a la finalización de la acogida (artículos 24 y 26, éste último de forma indirecta), así como, dejando al margen las cuestiones meramente administrativas, las medidas subsiguientes al cese (artículo 23). Se trata del último capítulo del un Reglamento que si bien, en ocasiones, procede a transponer la Directiva de protección temporal prácticamente con el mismo literal, en otras puede llegar a regular varios capítulos de la misma en un solo artículo, como ocurre con lo referente al cese de la protección, medidas subsiguientes y regreso de los desplazados. De esta forma y para mayor claridad, se comentarán estos aspectos en epígrafes separados. En definitiva, la regulación bajo una misma base jurídica de ambos modelos de protección temporal, el europeo y el nacional, quizá haya sido mayor objeto de disfunciones, confusión o incertidumbre que la claridad y efectividad que pudiera perseguirse con la adopción de tal decisión.

El artículo 24 procede a enunciar los casos en los que finaliza la acogida de los desplazados. Según sus propios términos:

“1. Los beneficiarios de la protección temporal cesarán de forma automática en los siguientes casos:

- a) Por el transcurso del plazo establecido en el artículo 7.1.

- b) Cuando el beneficiario de protección temporal haya obtenido la nacionalidad española.
- c) Cuando voluntariamente decida el beneficiario de la protección temporal regresar a su lugar de procedencia y así lo manifieste de forma expresa ante la autoridad gubernativa competente.
- d) Por renuncia expresa del beneficiario.
- e) Cuando se efectúe el traslado del beneficiario al territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21.4.

2. El Ministro de Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, declarará cesados los beneficios de la protección temporal por renuncia tácita del beneficiario. Se entenderá que se ha producido una renuncia tácita cuando el interesado, tras haber sido requerida su comparecencia ante la autoridad competente para la realización de un trámite indispensable, no se persone en el plazo de 45 días naturales desde que se practicó el requerimiento, salvo que se acredite que la incomparecencia fue debida a causa justificada”.

Esta disposición resulta, sin duda, de las más confusas o difíciles de interpretar, no sólo por comparación con el dispositivo europeo sino también por la propia coherencia interna de la norma. No se ha de olvidar que se está regulando una forma de protección interina, por tanto, su terminación o cesación no puede constituir un supuesto accesorio o eventual, sino un elemento necesario y esencial al sistema. La característica de la temporalidad determina que la acogida sea provisional y dependiente o subordinada a aquellos acontecimientos que la propia norma considere que hacen cesar el dispositivo. En este caso, al ser un régimen enfocado al retorno de las personas desplazadas al país de la huida, el mayor o menor periodo de acogida se hace depender de *la situación en el país de origen*, de la resolución del conflicto que originó el desplazamiento, y ello hasta que llegue el momento de expiración definitiva del régimen. Sin embargo, nada se especifica entre las causas de extinción sobre el auténtico presupuesto de hecho del sistema. No existe relación directa entre el artículo 4 que dispone los modelos de activación del régimen y ésta norma. Tras su lectura, pudiera parecer que la protección temporal pudiera iniciarse por decisión del Consejo de la UE o el Consejo de Ministros, a nivel nacional, y luego extinguirse sin más tras el transcurso de los tres años. De hecho, el artículo 24 cita expresamente la disposición 7.1 que determina la duración de la acogida, sin embargo olvida por completo la segunda parte del artículo, en la cual, se dispone la finalización del sistema, en cualquier momento, “cuando se resuelva el conflicto que la motivó y existan condiciones favorables para el retorno”. He aquí la ausencia de coherencia interna del Reglamento, entre sus disposiciones y la auténtica finalidad del mismo.

En consecuencia, quisiéramos subrayar que tanto el sistema europeo que la norma reglamentaria pretende transponer y el nacional tendrían dos causas de cesación principales: el término del plazo máximo de duración (artículo 24 a) del Reglamento y artículo 6.1 de la Directiva); y, en segundo lugar, en cualquier momento, cuando las instituciones competentes así lo decidan siempre que la

situación en el país de origen permita un regreso seguro de los desplazados (artículo 7.2 del Reglamento y artículo 6.1.b) y 6.2 de la Directiva). Esta última medida, en la norma de Derecho Derivado, se halla sometida a determinados requisitos sustantivos y procedimentales que pretenden aportar las necesarias garantías para una decisión de tan importantes consecuencias¹⁸. Lamentablemente, nada dispone el Reglamento al respecto, discrecionalidad intolerable, si se toma en consideración que la consecuencia de la misma es el retorno de las personas acogidas al país de origen, e incompatible jurídicamente con las obligaciones de España en materia de derechos humanos.

Existiría una tercera causa de cesación, en este caso de carácter opcional, el regreso voluntario de los desplazados (artículo 24 c) del Reglamento y artículo 21 de la Directiva), que adolece, de nuevo, en su regulación interna, de la mención de aquellas garantías mínimas que debieran observar las autoridades públicas y que no pueden escapar a ellas por mandato expreso de la Directiva¹⁹.

Por lo que se refiere al resto de causas mencionadas en la disposición 24, tan sólo anotar que la renuncia expresa y tácita no se contemplan en la Directiva, si bien son jurídicamente observables. Y, finalmente, por lo que respecta a la obtención de la nacionalidad española sería interesante que computasen los años que suponen la acogida bajo el sistema de protección temporal.

8. MEDIDAS SUBSIGUIENTES A LA CESACIÓN DEL DISPOSITIVO DE PROTECCIÓN TEMPORAL

Una de las fallas del procedimiento europeo de protección temporal se halla en la ausencia de regulación comunitaria y, por tanto armonizada, de las medidas que los Estados han de adoptar cuando, una vez transcurrido el plazo máximo de duración, no se han producido los cambios necesarios en el país de origen para proceder al regreso de los desplazados. El artículo 20 de la Directiva se limita, como se comprobará a continuación, a remitirse a la legislación interna de los Estados:

“Una vez haya finalizado la protección temporal, se aplicará el Derecho general en materia de protección y de extranjería en los Estados miembros, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21,22 y 23”.

La finalización del régimen no resulta coherente con la activación del mismo, ni en términos procedimentales, ni sustantivos. Existe un dispositivo común tras la decisión de aplicación del Consejo, mas no existe un régimen europeo una vez ha finalizado el mismo. Los Estados miembros conservan, en esta materia, plenas competencias soberanas para disponer las medidas que estimen oportunas en el marco de la legislación de extranjería. Eso sí, disponen de una libertad condicionada a las normas de Derecho Internacional aplicables y, especialmente, al Derecho comunitario, en concreto, las disposiciones que conforman el “sistema europeo común de asilo”.

En concreto el Reglamento español dispone en su artículo 23.2 y 3 lo siguiente:

“2. Si, finalizado el régimen de protección temporal por el transcurso del tiempo, se mantuvieran vigentes las circunstancias que dieron lugar a su declaración, los beneficiarios podrán optar a la protección prevista en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho y de la condición del refugiado. Los interesados deberán presentar

personalmente su solicitud en cualquiera de los lugares señalados en los párrafos a), b) y d) del artículo 4.1 del Reglamento de aplicación de la citada ley, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

3. Así mismo, se permitirá la continuación de la residencia al amparo de lo dispuesto en la normativa vigente de extranjería, siempre que se cumplan los requisitos que en ella se recogen, cuando el interesado alegue justificación razonable para permanecer en España”.

En atención al mismo, las personas acogidas podrían optar, en función de sus circunstancias subjetivas, por una nueva protección de carácter nacional, de nuevo, bajo los parámetros de la interinidad, o bien por soluciones más permanentes. En el primer caso, se prolongaría la estancia en espera de una pronta solución de las causas subyacentes al exilio. No obstante, consideramos imprescindible que se garanticen dos condiciones: los derechos que se venían disfrutando y evitar la excesiva interinidad en base a las más elementales consideraciones de humanidad. En el caso español, la nueva regulación en materia de asilo debiera dilucidar algunos de estos aspectos.

En segundo lugar, resulta imprescindible dar curso legal a los expedientes de solicitud del estatuto de refugiado, no ya sólo por imperativo de la Directiva (artículo 17.2) sino que una nueva suspensión del derecho de asilo en virtud de la legislación interna sería contraria a la Directiva y violaría el Derecho internacional de los Refugiados (DIR). En función de la *Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida*²⁰ podrán gozar del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria.

En otros casos, podrían reunir los requisitos necesarios para permanecer en el país de acogida en función de los permisos de residencia (recuérdese que tienen reconocido el derecho a ejercer actividades retribuidas por cuenta propia y ajena), en el marco de la legislación de extranjería. De ahí nuestro interés en las posibilidades jurídicas de tomar en consideración la estancia en los Estados miembros –bajo el estatuto de acogida temporal– como computable a los efectos de solicitud de permisos de residencia o incluso la naturalización.

9. EL REGRESO DE LOS DESPLAZADOS A SU PAÍS DE ORIGEN

La Protección Temporal no es un dispositivo con vocación de permanencia, se trata de un marco de protección basado, de forma principal, en circunstancias objetivas y, en principio, transitorias: una situación de riesgo, potencialmente provisoria, que provoca un flujo a gran escala digno de acogida en otros Estados. Desde esa perspectiva, es lógico, pues, considerar que, en ausencia de esa contingencia, es decir, producido un cambio en el trance que provocó el exilio, se contemple el regreso de los desplazados como la solución consustancial a una medida de tales características.

El artículo 26 del Reglamento de Protección Temporal, en clara aplicación del artículo 21.1 de la Directiva²¹, dispone:

“Los Ministerios del Interior, de Asuntos Exteriores y de Trabajo y

Asuntos Sociales coordinarán sus actuaciones para posibilitar el regreso voluntario de las personas beneficiarias de la protección temporal o de aquellas cuya protección temporal haya llegado a su fin”.

Se regula, pues, el retorno voluntario, que sería opcional y una fórmula anticipada del régimen, así como retorno forzoso una vez se hubiese dado por finalizado el dispositivo y la persona/as no fueran acreedoras de ningún otro tipo de protección en el marco de la legislación de extranjería.

Se trata de una disposición que, independientemente de garantizar el regreso, no lo condiciona a ningún elemento sustantivo, sino que conserva un carácter netamente procedimental. Llama la atención sobremanera la ausencia de mención alguna a los requisitos que han de observar los Estados en la aplicación de dichos retornos, en función del DIR y las más mínimas consideraciones de humanidad.

En primer lugar, siempre que se trate de un regreso voluntario dos son los requisitos que, en definitiva, se convierten en el mínimo común denominador para todos los Estados miembros; en el núcleo irreductible de toda repatriación voluntaria; y no vienen sino a ser coadyuvantes del *principio de non refoulement*: el respeto a la dignidad humana y la adecuada información que eluda cualquier atisbo de un retorno inducido. De esta forma se dispone en el artículo 21.1 de la Directiva:

“(…) Los Estados miembros velarán por que las disposiciones que rijan el regreso voluntario de las personas acogidas a la protección temporal faciliten el regreso dentro del respeto de la dignidad humana”

En segundo lugar, por lo que respecta al regreso forzoso, no se ha de olvidar que la expulsión de los extranjeros del territorio estatal —normalmente de carácter individual, a la que suele seguir la orden de deportación— puede considerarse el acto de soberanía más extremo del Estado, en su derecho a decidir quién puede ser parte de su comunidad. En consideración a las normas consuetudinarias y convencionales, así como a la jurisprudencia internacional e interna sobre la materia, se admite la facultad de los Estados de expulsar a los extranjeros pero, únicamente, en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley, evitando las expulsiones colectivas y permitiendo a la persona objeto de la medida que argumente motivaciones contrarias a su expulsión y que pueda presentar a revisión de la autoridad competente su caso, —salvo que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional²².

En el caso de personas desplazadas que han sido consideradas dignas de protección internacional, aún se actúa con mayor cautela. Las garantías se incrementan y a las obligaciones internacionales generales (regulación en materia de extranjería, Derecho Internacional de los Derechos Humanos) se han de añadir las particulares (DIR) que tienen como cometido evitar bajo todo concepto colocar a la persona que ha sido objeto de protección en circunstancias tales de volver a sufrir peligros semejantes a los que provocaron el exilio. En aplicación de la Directiva, en concreto la disposición 22.1, tres son los requisitos de fondo: la cesación oficial del régimen; la resolución negativa de los expedientes de aquellos que hubieran optado por la admisión; y el respeto de la dignidad humana.

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el *regreso forzoso* de las personas cuya protección haya llegado a su fin

y que no pueden optar por la admisión se lleve a cabo dentro del respeto de la dignidad humana”

La experiencia demuestra que, a pesar de que la situación en el país de origen hubiera mejorado considerablemente de conformidad con los estándares internacionales, aún pueden existir personas que o bien no se sienten capaces de volver, o bien, se trata de individuos respecto de los cuales no se considera razonable que pudieran emprender el retorno debido a circunstancias “personales” relacionadas con las amenazas o peligros que provocaron el exilio.

Si bien en conjunto y *grosso modo* pudiera considerarse que estos desplazados estarían en disposición de obtener garantías para un retorno seguro y duradero y no resultan acreedores de ninguna otra protección internacional (artículo 22.1 de la Directiva), de manera “individual” y atendiendo a las circunstancias particulares del caso, aún podrían disponer de argumentos contra su expulsión (*v.gr.*, en el contexto de la antigua Yugoslavia, los matrimonios mixtos de familias originarias de determinadas áreas).

El segundo apartado del artículo 22.2 de la Directiva dispone que:

“En los casos de regreso forzoso, los Estados miembros examinarán las razones humanitarias imperiosas que en algunos casos concretos pueden hacer el regreso imposible o poco realista”

Ninguna de estas particularidades es contemplada en el Reglamento de Protección Temporal, lo cual no es óbice de su carácter vinculante para nuestro Estado.

10. EL FONDO EUROPEO DE REFUGIADOS. LA “SOLIDARIDAD COMUNITARIA”

En la normativa nacional se hace caso omiso al modelo de financiación del sistema de protección temporal, no existe, en consecuencia, ninguna partida presupuestaria extraordinaria asignada al soporte de las cargas asociadas a una eventual afluencia en masa de desplazados. Tampoco se anuncia el dispositivo financiero adoptado a escala comunitaria, la creación del Fondo Europeo de Refugiados (FER)²³, instrumento de cofinanciación a disposición de todos los Estados miembros. El silencio reglamentario es subsanable en aplicación del Derecho comunitario, esto es, de la Directiva de protección temporal que se acoge al citado mecanismo de financiación (artículo 24)²⁴. Llegado el caso, el Derecho comunitario sería directamente invocable ante la Administración y los Tribunales por los interesados o afectados, ante la indeterminación o silencio de la norma de transposición. Es cierto que la Directiva de Protección Temporal se caracteriza por el gran margen de apreciación que permite a los Estados, cuestión ésta que podría poner en cuestión la aplicabilidad directa de la misma. No obstante, por lo que se refiere al tema que cerrará este estudio, la “solidaridad comunitaria” consideramos que resulta lo suficiente concreto y preciso—al menos en lo que respecta a la solidaridad financiera. No se llega a entender el silencio reglamentario ante la financiación de la acogida de personas desplazadas en masa, especialmente, cuando las ayudas económicas del FER no están pensadas, en exclusiva, ante una eventual activación de la protección temporal de carácter comunitario, sino también nacional. En realidad, se trata de un

instrumento financiero para el completo conjunto de medidas que comprenden el “sistema europeo común de asilo”²⁵.

En cualquier caso, España podría acceder al sistema a través de una solicitud dirigida a la Comisión con aquellas propuestas (sobre condiciones de acogida, integración, repatriación de desplazados, etc.) seleccionadas tras un concurso público al que pueden acceder tanto instituciones gubernamentales como civiles sin ánimo de lucro. En este sentido, han de superar una doble criba, primero estatal y luego comunitaria, pues la Comisión también somete las propuestas a un estudio posterior. Una vez adoptada la decisión de cofinanciación por parte de la Comisión, y al tratarse de un procedimiento descentralizado, la correcta gestión y utilización del importe asignado corre a cargo del Estado que, *a posteriori*, ha de dar cuentas a la Comisión.

El FER reparte una cantidad fija cada año para cada Estado miembro y el resto se distribuye de forma proporcional en función de distintos conceptos. La última planificación plurianual que comprenderá desde el año 2005 hasta el 2010 puede consultarse en *COM (2004) 161, de 12/02/04*.

Finalmente, recordar que en caso de aplicación del modelo comunitario, la Directiva dispone que la solidaridad no se ha de limitar a un reparto financiero sino también físico, de tal forma que se proceda a una distribución de los desplazados, entre los Estados, con la anuencia de los exiliados y en atención a las disponibilidades de acogida determinadas por cada país (artículo 25 de la Directiva). Dicha potestad soberana no ha de impedir el correcto funcionamiento del sistema. La obligación de acogida del artículo 25 de la Directiva de protección temporal, así como de forma general, el principio de lealtad comunitaria (art. 10 TCE) impedirían infundadas manifestaciones negativas en este sentido.

NOTAS

* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Huelva. Comunicación presentada en el II Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo.

¹ *BOE* núm. 256, de 25 de octubre de 2003, pp. 38160-38167 (en adelante Reglamento de Protección Temporal).

² De acuerdo con el artículo 63. 1 del Tratado de Ámsterdam (en vigor desde el 1 de mayo de 1999) se otorgaba al Consejo un periodo transitorio de cinco años para adoptar “medidas en materia de asilo, con arreglo a la convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y a otros tratados pertinentes (...)”. Tan sólo unos meses antes de la finalización de dicha limitación temporal (1 de mayo de 2004) se consigue el consenso en torno a los requisitos para el reconocimiento de refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional (arts. 63.1 y 63.2 del Tratado), sin duda la más trascendente de todas las normas relativas al “sistema europeo común de asilo”.

Cfr. Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado *DOUE L 326 13.12.2005 p. 13*.

Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. DOUE, L 304, 30.09.2004.

Reglamento (CE) n° 1560/2003 de la Comisión, de 2 de septiembre de 2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo por el que se establecen

los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. *DOCE L 222 05.09.2003 p.3.*

Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. *DOCE L 251 03.10.2003 p.12.*

Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. *DOCE L 031 06.02.2003 p. 18.*

Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. *DOCE L 212 07.08.2001 p.12* (en adelante Directiva de Protección Temporal).

Reglamento (CE) nº 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. *DOCE L 316 15.12.2000 p.1.*

Decisión 2000/596, por la que se crea el Fondo Europeo para Refugiados, *DOCE L 252, de 6 de octubre de 2000.*

³ Véase la Exposición de Motivos del Real Decreto.

⁴ La definición de desplazado trae causa del art. 2 c) de la Directiva de Protección Temporal, la cual dispone: “Personas desplazadas: los nacionales de un tercer país o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen, o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales, y cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país, que pueden eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del art 1 A de la Convención de Ginebra u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional, y en particular:

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

⁵ Cfr. FITZPATRICK, J., “Temporary Protection of Refugees: elements of a formalized regime”, en *AJIL*, vol. 94, nº 2, 2000 p. 292. Según M. A. CASTILLO y J. C. HATHAWAY esto es así debido al concepto de *temporalidad*. Los Estados se muestran más favorables a tomar en consideración un mayor estándar conceptual cuando está asegurada la temporalidad, es decir, cuando se garantiza sólo por un tiempo determinado. HATHAWAY, J. C. (ed.) “Temporary Protection”, *Reconceiving International Refugee Law*, Martinus Nijhoff Publishers The Hague/Boston/London, 1997, p.4. El concepto de *temporalidad* se va a convertir en un criterio eje de todo el sistema de Protección Temporal. Nos dará luces para explicar no sólo la expansión conceptual sino también el generoso estándar de tratamiento que ofrece a los beneficiarios. A parte de otros criterios añadidos, que los Estados miembros han debido tener en cuenta necesariamente par establecer esos derechos, el límite temporal nos parece determinante.

⁶ Una determinación objetiva requeriría del establecimiento de un número concreto de desplazados que marcara la diferencia entre “solicitantes de asilo” y “desplazados masivos”. La subjetiva, sugerida por algunas ONGs junto con ACNUR consiste en modular la calificación de afluencia masiva en función de la capacidad y los recursos del país afectado ACNUR, *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, diciembre de 2001, p. 3.28. ECRE insistía en la importancia de evaluar la capacidad del área para proporcionar acogida con arreglo a pasadas experiencias de similares características: *Position of the European Council on Refugees and Exiles on Temporary Protection in the Context of the Need for a Supplementary Refugee Definition* (marzo 1997), pto.13. *Observations of the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission’s Draft Directive on Temporary Protection and Responsibility Sharing* (enero de 2001).

⁷ El silencio de la Directiva en torno a las peculiaridades del sistema de evacuación apenas puede ser salvado por las disposiciones de orden interno adoptadas con motivo de la transposición de la Directiva, pues éstas se limitan simplemente y como no podía ser de otra forma a coordinar las instancias estatales implicadas: art. 10 del *Reglamento de Protección Temporal español*: “procedimiento de Evacuación. 1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores, oída la Comisión Interministerial de Extranjería, podrá dispensar protección temporal a las personas desplazadas a consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, en el marco de programas de evacuación humanitarios. 2. La operación de acogida se coordinará por el Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración con la colaboración de la Dirección General de

Asuntos Consulares y Protección y Protección de los Españoles en el Extranjero, la Dirección General de Extranjería y Documentación y el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, y podrá solicitar la colaboración de otras unidades administrativas responsables en la materia, así como del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y de otras organizaciones internacionales y no gubernamentales interesadas”. La referencia a concretos beneficiarios del sistema de evacuación pudiera dar a entender que pudiera restringirse respecto al colectivo contemplado por la Directiva. En atención al tenor de la misma no es el caso.

Por otro lado, cabe recordar que por aplicación del art. 3.3 de la Directiva europea tanto el establecimiento como la aplicación y el cese de la protección temporal *se someterán* a consultas regulares con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y otras organizaciones internacionales pertinentes. En este sentido, la coordinación con éstas en caso de aplicación de la acogida vía evacuación ha de realizarse, como norma de obligado cumplimiento y no como mera posibilidad.

⁸ Walter KÄLIN considera ésta una de las grandes ventajas de la Protección Temporal y una de las características que la hacen diferente a cualquier otra iniciativa internacional en este sentido. KÄLIN, W., “Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism”, *GYIL*, vol. 44, 2001, p. 211.

⁹ El procedimiento de evacuación se describe en el art. 10: “1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores, oída la Comisión Interministerial de Extranjería, podrá dispensar protección temporal a las personas desplazadas a consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, en el marco de programas de evacuación humanitarios. 2. La operación de acogida se coordinará por el Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración con la colaboración de la Dirección General de Asuntos Consulares y Protección de los españoles en el Extranjero, la Dirección de Extranjería y Documentación y el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, y podrá solicitar la colaboración de otras unidades administrativas responsables en la materia, así como del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y de otras organizaciones internacionales y no gubernamentales interesadas. 3 Los visados, salvoconductos o autorizaciones de entrada que se expidan en aplicación de este artículo se tramitarán con carácter preferente”.

El procedimiento de evacuación se puede utilizar en relación a los definidos anteriormente como desplazados, en virtud del artículo 2, en consecuencia, la referencia a conflictos políticos, étnicos o religiosos del artículo 10.1 *in fine* resulta innecesaria y confusa, pues pudiera parecer que limita la aplicación de este procedimiento a determinados desplazados y no a todos los que caben bajo el paraguas de la protección temporal. Por lo demás, dejando al margen las consideraciones procedimentales, señalar que el apartado 3 pretende la aplicación del artículo 8.3 de la Directiva de Protección Temporal aunque se dedique, en exclusiva, a cumplir con la obligación de celeridad y no mencione nada respecto al coste de los mismos. El art. 8.3 dispone: “Los Estados miembros ofrecerán, en caso necesario, a las personas que vayan a ser admitidas en su territorio para beneficiarse de la protección temporal todas las facilidades para la obtención de los visados necesarios, incluidos los de tránsito. En vista de la situación de emergencia, los trámites se reducirán al mínimo. Los visados deberían ser gratuitos o sus costes reducidos al mínimo”.

¹⁰ El procedimiento de emergencia aparece regulado en el art. 9 que se reproduce a continuación: “El Ministro del Interior, oída la Comisión Interministerial de Extranjería, elevará al Consejo de Ministros una propuesta para acordar el régimen de protección temporal si procede, o la recomendación, en su caso, de solicitar a la Comisión Europea la presentación de una propuesta al Consejo de la Unión Europea para que tome la decisión sobre la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas; el Consejo de Ministros adoptará el acuerdo que estime oportuno”.

¹¹ Artículo 5.1 de la Directiva: “La existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas se constatará por una decisión del Consejo adoptada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, que examinará igualmente cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo”.

¹² El artículo 25.1 de la Directiva dispone: “Los Estados miembros acogerán con espíritu de solidaridad comunitaria a las personas que puedan optar al régimen de protección temporal. *Indicarán sus disponibilidades de acogida* de manera numérica o general. Estas indicaciones figurarán en la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5. Los Estados miembros podrán señalar la existencia de disponibilidades suplementarias de acogida con posterioridad a la adopción de la decisión, notificándolo al Consejo y a la Comisión. Se informará rápidamente al ACNUR de dichas indicaciones” (la cursiva es de la autora).

¹³ Artículo 4 de la Directiva: “1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 6, la duración de la protección temporal será de un año. De no cesar de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del

apartado 1 del artículo 6, será prorrogable automáticamente por periodos de seis meses durante un plazo máximo de un año. 2. En caso de que persistan los motivos para la protección temporal, el Consejo podrá decidir por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que estudiará a su vez cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo, prorrogar dicha protección temporal durante un año máximo”.

Es posible distinguir tres periodos: El primer periodo comprendería el *primer año de duración*: este intervalo está sujeto a las condiciones del artículo 6: si se produce la decisión del Consejo de interrupción de la protección a la que alude dicha disposición, el primer periodo podría tener una duración más breve. Por tanto, la duración mínima de toda protección temporal será de un año salvo los casos en que el Consejo decida interrumpirla con anterioridad. La duración mínima en cada caso puede ser diferente, no así los momentos procesales en que ha de procederse a las prórrogas o a la evaluación de la situación por el Consejo. El segundo periodo se refiere a la *prórroga automática*: Transcurrido el primer año de protección, se prevén dos prórrogas de 6 meses cada una. La prórroga automática no puede ser superior a un año y requiere una condición para su utilización, que no se haya adoptado una decisión en el seno del Consejo para poner fin a la Protección Temporal (artículo 6.1.b). Es el silencio del Consejo el que permite que la prórroga sea automática. El tercer periodo se refiere a la *prórroga expresa o deliberada*: Transcurridos los dos años anteriores se prevé una prórroga más de un año de duración máxima. En este caso, se estipulan dos condiciones para su ejercicio. La primera condición es de fondo: que persistan los motivos que obligaron a la activación de la Protección Temporal (aquel o aquellos descritos en el artículo 2.c. de la Directiva); y la segunda condición es de forma: para que la prórroga sea efectiva resulta imprescindible que siga el mismo procedimiento prescrito para la iniciación del proceso, esto es, que haya una decisión del Consejo aprobada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que estudiará también cualquier solicitud de iniciación de un Estado miembro. Todo ello parece sugerir que la duración máxima ordinaria pudiera ser de dos años, pues una prórroga adicional requerirá de condiciones substantivas y de los mayores apoyos en la institución decisoria. Al tratarse de una prórroga tan excepcional, resulta llamativo que no se marquen contenidos concretos, ni una fundamentación mínima para la decisión; ni siquiera se abre un periodo de consultas con otras organizaciones; requisitos todos previstos, en cambio, para la decisión inicial de activación (artículo 5.3 y 4 de la Directiva).

Si analizamos los instrumentos jurídicos sobre protección temporal anteriores a la Directiva, podemos concluir que la fijación de un periodo de *tres años* como límite máximo resulta una opción de compromiso entre las primeras normas que estipulaban un límite de cinco años, y el antecedente directo de la actual Directiva que optaba por dos años de duración final; excepción hecha de las dispares soluciones nacionales que podían abarcar desde los dos años máximo del sistema danés, al indefinido *Duldung* alemán. *Vid.* KOSER, K.; BLACK, R., “Limits to the Harmonization: The “Temporary Protection” of Refugees in the European Union”, *International Migration Review*, vol. 37, nº 3, 1999, p. 536.

¹⁴ El Profesor Hofmann considera que el dispositivo de Protección Temporal atribuye a todas las personas, un estatus superior al que sería exigible desde el punto de vista de los derechos humanos. HOFMANN, R., “Das Konzept des Vorübergehenden Schutzes (Temporary Protection): Regionale Völkerrecht Durch Art. 63 Abs. 1 nr.2 EGV”, *op. cit.*, p. 880.

Los halagos del Alto Comisionado son significativos: La Oficina tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el *Proyecto de Directiva de 2000*, el cual consideraba que: “(...) trataba de manera muy completa las condiciones de trato que han de ser concedidas a los beneficiarios de protección temporal. Las condiciones incluidas en la propuesta son plenamente coherentes con las que requieren los principio de la protección internacional y, por tanto, ACNUR las apoya fuertemente (...)”. ACNUR: *Comentario de ACNUR sobre le Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de Afluencia Masiva*, p. 3.39.

¹⁵ Registro: *vid.* arts. 13 del Reglamento y 10 de la Directiva; Derecho a la información: *vid.* arts. 15 del Reglamento y 9 de la Directiva; Permiso de residencia: *vid.* arts. 16 del Reglamento y 8 de la Directiva; Título de viaje: *vid.* arts. 17 del Reglamento y 8 de la Directiva; Autorización para trabajar: *vid.* arts. 19 y 12 de la Directiva (en este caso, el Reglamento no hace referencia a la posibilidad que permite la norma comunitaria sobre el principio de referencia comunitaria y de los países del Espacio Económico Europeo); Ayudas sociales: *vid.* art. 2.0 del Reglamento y 13 de la Directiva; Reagrupación familiar: *vid.* Arts. 21 del Reglamento y 15 de la Directiva; Menores no acompañados: *vid.* Arts. 20.2 (en el marco de las ayudas sociales) y 16 de la Directiva.

¹⁶ En virtud del artículo 17 de la Directiva: “1. Las personas acogidas a la protección temporal deberán poder presentar una solicitud de asilo en cualquier momento. 2. El examen de una solicitud de asilo que no se haya tramitado antes de finalizar el periodo de protección temporal deberá completarse tras la finalización de dicho periodo”. En función de este apartado segundo es posible interpretar que resultan garantizados tanto el derecho a *presentar* la solicitud de asilo como el *examen* de la misma, obligación

ésta última que no pueden eludir los Estados miembros, para lo que la normativa dispone un plazo máximo. Si la Directiva ha de establecer un límite temporal para el análisis de las demandas de asilo ello significa que se le permite a los Estados *suspend* este trámite, es decir, que las demandas no sigan los cauces habituales y posponer el estudio de las mismas.

¹⁷ Vid. KERBER, K., "The Temporary Protection Directive", *EJML*, vol. 4, 2002, p. 206.

¹⁸ Artículo 6.2 de la Directiva: "La decisión del Consejo se basará en la comprobación de que la situación en el país de origen permite, de forma duradera, el regreso seguro de las personas a las que se otorgó la protección temporal, respetando debidamente los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo con sus obligaciones en materia de no devolución. Se informará al Parlamento Europeo de esta Decisión".

¹⁹ Compárese con el art. 21.1 de la Directiva: "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el regreso voluntario de las personas beneficiarias de protección temporal o aquellas cuya protección haya llegado a su fin. Los Estados miembros velarán por que las disposiciones que rijan el regreso voluntario de las personas acogidas a la protección temporal faciliten el regreso dentro del respeto a la dignidad humana. Los Estados miembros velarán por que estas personas adopten la decisión del regreso con conocimiento de causa. Los Estados podrán contemplar visitas exploratorias".

²⁰ DOUE L 304, 30.9.2004 (en adelante: Directiva de Cualificación). Según lo establecido en el art. 38.1 de la *Directiva de Cualificación* (adaptación del Derecho Nacional): "Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 10 de octubre de 2006. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión. (...)".

²¹ En concreto la disposición comunitaria establece: "1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el regreso voluntario de las personas beneficiarias de la protección temporal o de aquellas cuya protección temporal haya llegado a su fin (...)".

²² Vid. BROTONS, R. (coord.) y otros, *Derecho Internacional*, Mac Graw Hill, Madrid, 1997, p. 483.

²³ En realidad, el artículo 63. 2 a y b TCE dispone competencias comunitarias para regular no sólo la normativa referente a la protección temporal, sino también la protección subsidiaria y el Fondo Europeo de Refugiados: *Decisión del Consejo, de 28 de septiembre de 2000, por la que se crea el Fondo Europeo para los Refugiados, Diario Oficial L, 252, de 06.10.2000, p. 0012.* (En adelante Decisión FER).

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

²⁵ Artículo 3 de la Decisión FER: "A efectos de la presente Decisión, los grupos destinatarios se componen de las categorías siguientes:

1. los nacionales de un tercer país o apátridas que disfruten del estatuto definido por la Convención de Ginebra relativa al estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, y a quienes se permite residir en calidad de refugiados en uno de los Estados miembros;
2. los nacionales de un tercer país o apátridas que disfruten de una protección internacional concedida por un Estado miembro de acuerdo con su legislación o su práctica nacional;
3. los nacionales de un tercer país o apátridas que soliciten una de las protecciones mencionadas en los puntos 1 y 2;
4. los nacionales de un tercer país o apátridas que disfruten de un régimen de protección temporal en un Estado miembro;
5. las personas cuyo derecho a una protección temporal esté siendo analizado en un Estado miembro".