

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

No. 11/2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr122023>

ARTICLES / ARTÍCULOS

Diferencias de trato en los Estados miembros ante la afluencia masiva de personas desplazadas y solicitantes de protección internacional ¿Discriminación o aplicación justificada del Derecho de la Unión?

Member States in the face of the massive influx of displaced persons and applicants for international protection: Discrimination or justified application of EU law?

Francisco Javier Durán Ruiz

<https://doi.org/10.18543/djhr.2908>

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2023

Copyright (©)

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos is an Open Access journal; which means that it is free for full and immediate access, reading, search, download, distribution, and reuse in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author; provided the original work and publication source are properly cited (Issue number, year, pages and DOI if applicable) and any changes to the original are clearly indicated. Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.

Derechos de autoría (©)

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos es una revista de Acceso Abierto; lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o la persona autora, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año, páginas y DOI si procede) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito de la persona titular de los derechos de autoría.


Deusto Journal of Human Rights

ISSN: 2530-4275 • ISSN-e: 2603-6002, No. 12/2023, Bilbao

© Universidad de Deusto • <http://djhr.revistas.deusto.es/>

Diferencias de trato en los Estados miembros ante la afluencia masiva de personas desplazadas y solicitantes de protección internacional ¿Discriminación o aplicación justificada del Derecho de la Unión?

Member States in the face of the massive influx of displaced persons and applicants for international protection: Discrimination or justified application of EU law?

Francisco Javier Durán Ruiz 
Universidad de Granada. España
fduranr@ugr.es

<https://doi.org/10.18543/djhr.2908>

Fecha de recepción: 25.09.2023

Fecha de aceptación: 19.11.2023

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2023

Cómo citar / Citation: Durán, Francisco J. 2023. «Diferencias de trato en los Estados miembros ante la afluencia masiva de personas desplazadas y solicitantes de protección internacional. ¿Discriminación o aplicación justificada del Derecho de la Unión?». *Deusto Journal of Human Rights*, No. 12: 199-227. <https://doi.org/10.18543/djhr.2908>

Sumario: Introducción. 1. Afluencia masiva de desplazados y solicitudes de protección internacional en la Unión Europea y trato diferenciado en función del origen nacional y del Estado miembro. 2. La protección temporal a los desplazados por la guerra en Ucrania. Reflexión sobre la existencia de discriminación frente a situaciones similares, en las exclusiones de la Decisión de aplicación y en la implementación por los Estados miembros. 2.1. La consideración de afluencia masiva de desplazados ante la guerra de Ucrania. Protección eficaz en la UE ¿y también discriminación respecto de otras situaciones? 2.2. Exclusión de colectivos necesitados de protección internacional en la aplicación e implementación Directiva de Protección Temporal. España como excepción. 3. El futuro de la protección internacional en situaciones de afluencia masiva en la UE. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: El objetivo de esta investigación es analizar si las diferencias de trato en los distintos Estados miembros y las disfunciones e incumplimientos de las normas del Sistema Común Europeo de Asilo, así como las distintas soluciones adoptadas por la Unión Europea frente a personas solicitantes de

protección internacional en supuestos de afluencia masiva de personas desplazadas, suponen una discriminación contraria a la Convención de Ginebra, a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE o la Directiva 2000/43/CE, de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, o bien están justificadas por las normas de la UE. Para ello se analizan en primer lugar algunas diferencias de trato en el Sistema Común Europeo de Asilo en función del origen nacional de los solicitantes y el Estado miembro de solicitud; posteriormente profundizamos en la Decisión del Consejo de la aplicación de la Directiva de Protección Temporal a los nacionales ucranianos desplazados por la guerra, determinando si su inaplicación en situaciones similares como la crisis de Bielorrusia o la guerra de Siria constituye un trato discriminatorio, así como la exclusión de su ámbito de aplicación a ciertos grupos de personas extracomunitarias necesitadas de protección internacional. Finalmente, se analiza si el "Reglamento de crisis" propuesto en el Nuevo Pacto de Migración y Asilo de la UE, aporta soluciones frente a estos supuestos de diferencia de trato o discriminación.

Palabras clave: Derecho de la UE, Discriminación, desplazados, solicitantes de asilo, protección internacional.

Abstract: The aim of this research is to analyze whether the differences in treatment in the different Member States and the dysfunctions and breaches of the rules of the Common European Asylum System, as well as the different solutions adopted by the European Union in the face of applicants for international protection in cases of mass influxes of displaced persons, amount to discrimination contrary to the Geneva Convention, the EU Charter of Fundamental Rights or Directive 2000/43/EC on equal treatment of persons regardless of their racial or ethnic origin, or whether they are justified by EU rules. To this end, we first analyze some differences in treatment in the Common European Asylum System according to the national origin of applicants and the Member State of application; we then examine in depth the Council Decision on the application of the Temporary Protection Directive to Ukrainian nationals displaced by war, determining whether its non-application in similar situations such as the crisis in Belarus or the war in Syria constitutes discriminatory treatment, as well as the exclusion from its scope of application of certain groups of non-EU persons in need of international protection. Finally, it analyses whether the "Crisis Regulation" proposed in the EU's New Pact on Migration and Asylum provides solutions to these cases of differential treatment or discrimination.

Keywords: EU Law, discrimination, displaced persons, asylum seekers, international protection.

Introducción

La Unión Europea tiene entre sus fundamentos un trato diferenciado entre las personas que disfrutan del régimen de ciudadanos y los nacionales de terceros estados. Asimismo, a nivel internacional y de la propia Unión, dentro de los nacionales de terceros estados se establecen también categorías con sus respectivos estatus jurídicos diferenciados, que separan entre migrantes (económicos) y refugiados. Tales estatutos para Meyer y Boll (2018) o Bakewell (2018) crean una clasificación nítida y dual: personas que merecen protección o asistencia concretos en otro Estado (los refugiados), por una parte, frente a otras que no son merecedoras de la misma o que incluso pueden considerarse un peligro o amenaza (los inmigrantes).

Sin embargo, también se producen diferencias en el seno de la UE en la aplicación de la normativa de protección internacional y protección temporal por parte de los Estados miembros, lo que nos lleva a analizarlas, centrándonos en el ámbito subjetivo, y cuestionarnos si constituyen una discriminación o una diferencia de trato justificada y razonable en aplicación del Derecho de la UE, a través de un análisis doctrinal y normativo con referencias jurisprudenciales de la legislación de la UE y su implementación por los Estados miembros desde un punto de vista comparado.

Partimos de recientes análisis que distinguen los conceptos de diferencia de trato y discriminación, como el de La Spina (2022) y cabe preguntarse si diferencias de trato por origen nacional respecto a casos precedentes, como la protección temporal a los nacionales ucranianos por la UE, que ha llamado la atención de la doctrina (Milios 2022, Garcés 2022, Tondo 2022, González-Páramo 2022), constituyen discriminación o incluso crean un sistema dual de asilo como considera Costello y Foster (2022).

En concreto, la novedosa aplicación de la Directiva de Protección Temporal¹ por la UE a los desplazados por la guerra de Ucrania nos sitúa ante una nueva realidad y nos hace cuestionarnos no sólo si su inaplicación previa a situaciones de afluencia masiva como las de Siria o Bielorrusia puede ser discriminatoria, sino también si puede serlo el

¹ 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 n. 212, de 7.8.2021, 12-23).

hecho de que diversos colectivos de nacionales de terceros estados no ucranianos hayan quedado excluidos de dicha protección.

Nos preguntamos finalmente por estas cuestiones en el futuro de la política migratoria y de asilo de la UE, lo que nos llevará a analizar la Propuesta de Reglamento sobre situaciones de crisis y fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo². Veremos si este Reglamento, llamado a sustituir a la Directiva de Protección Temporal e incluido en el paquete de propuestas legislativas del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo³, presentado en 2020 por la Comisión Europea, aporta soluciones novedosas y efectivas para evitar diferencias de trato entre solicitantes de protección internacional o desplazados independientemente su origen nacional.

En la Unión Europea el derecho de asilo se encuentra formalmente garantizado, al más alto nivel, en el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE), que dispone: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”. Recoge en definitiva el derecho de toda persona que sufre persecución a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país, como expresa el artículo 14 DUDH.

Se completa esta previsión en el art. 19 CDFUE, titulado “Protección en caso de devolución, expulsión y extradición”, que prohíbe las expulsiones colectivas o que supongan grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes, asumiendo en el acervo de la UE el principio de *non refoulement* o “no devolución” del art. 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.

Como afirma Cano (2016), su reconocimiento en instrumentos internacionales supone transformar configurar el asilo como un derecho humano, aunque sólo parcialmente, pues, incluso en la Unión Europea que trata de establecer una regulación común del asilo, la soberanía estatal sigue siendo determinante para otorgar protección internacional y determinar su alcance, dejando margen a prácticas que pueden ser discriminatorias por parte de los Estados miembros de la

² 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 el asilo, de 23.9.2020, COM (2020) 613 final.

³ 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, de 23.9.2020, COM (2020) 609 final.

UE, aunque la autora considera que el reconocimiento de la condición de refugiado se trata de un acto debido.

El artículo 78 TFUE establece que la UE desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal para garantizar un estatuto apropiado (y acorde al Derecho Internacional de los Refugiados) y la no devolución a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional. La Unión Europea articula el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) sobre estas bases, configurando una tutela multinivel de la protección internacional.

El asilo y la protección subsidiaria eran los únicos mecanismos de protección existentes en la práctica en la UE ante la afluencia masiva de personas desplazadas forzosamente, hasta la aplicación al conflicto ucraniano en marzo de 2022 de la Directiva 2001/55/CE de protección temporal (DPT), que había permanecido inaplicada desde su aprobación en 2001. Analicemos las diferencias de trato en el marco de estos instrumentos a los nacionales de terceros estados y si pueden estar justificadas o suponen una discriminación contraria al Derecho internacional o de la UE.

1. **Afluencia masiva de desplazados y solicitudes de protección internacional en la Unión Europea y trato diferenciado en función del origen nacional y del Estado miembro**

Comenzando con el asilo, más armonizado por las normas que conforman el SECA, en la práctica nos encontramos en la UE con no pocas divergencias entre los Estados miembros en sus estándares en materia de acogida, reconocimiento de protección internacional y protección a los refugiados. En el caso de la protección subsidiaria, la Unión Europea ni siquiera se ha armonizado el estatuto mínimo de derechos de las personas beneficiarias, lo que provoca que no se equiparen a los refugiados en el reconocimiento homogéneo en los Estados miembros de derechos tan importantes como la reagrupación familiar, como demuestra la base de datos sobre asilo de la UE (ECRE 2023)⁴.

Estas diferencias también se han producido en la aplicación de la DPT al caso de Ucrania, que ha dejado un amplio margen a los Estados

⁴ Según el informe de ECRE (2023), Chipre, Alemania Grecia y Malta no otorgan el derecho a reunificación familiar a los beneficiarios de protección subsidiaria y Austria, Hungría, Eslovenia y Checoslovaquia limitaban su contenido respecto al reconocido a los refugiados.

miembros en relación a su ámbito subjetivo (los beneficiarios concretos de la protección temporal), aunque esté más limitada la discrecionalidad en cuanto a los derechos otorgados a los reconocidos como desplazados. Por ello es necesario avanzar en estos aspectos para otorgar seguridad jurídica al SECA y contar con instrumentos para afrontar con garantías crisis migratorias y situaciones de emergencia que por su frecuencia casi se han convertido en un fenómeno estructural de la UE. Estas cuestiones forman parte del paquete legislativo que conforma el Nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, presentado por la Comisión en 2020.

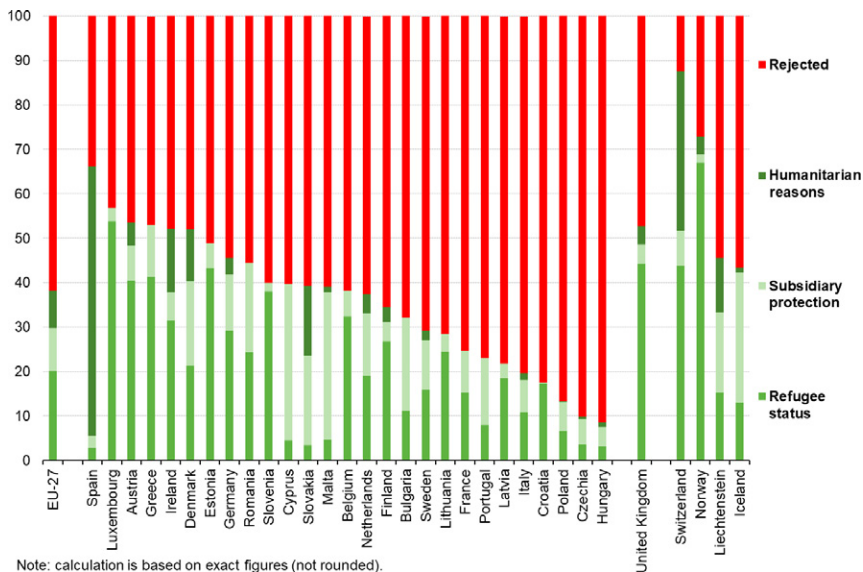
Sin embargo, los avances en la implementación del Pacto son lentos y complejos, debido a las posiciones contrapuestas existentes entre los Estados miembros en la materia. Es conocida la oposición a la cesión a la UE de nuevas competencias inmigración y asilo de los Países del denominado bloque del Visegrado⁵, condenados como veremos por el TJUE por incumplir la normativa de la UE sobre protección internacional o las decisiones de reubicación de solicitantes de asilo (especialmente Polonia y Hungría). Estos países han impedido además algunas de las últimas reformas del SECA como la Directiva 2013/32/UE de procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, defendiendo que la UE debe seguir un enfoque más restrictivo y cercano a sus estrictas políticas internas de migración y asilo.

En relación con la divergencia entre Estados miembros en la aplicación del SECA, en el gráfico siguiente vemos representadas, desde el punto de vista cuantitativo, las importantes diferencias entre los en los porcentajes de concesión de asilo en primera instancia. Usamos los datos de 2019, ya que el cierre de fronteras en la pandemia redujo artificialmente las solicitudes de asilo posteriores. Encontramos a Croacia y Polonia por encima del 80% de solicitudes rechazadas y República Checa o Hungría por encima del 90%, en claro contraste con la media de la UE, del 40%, que en 2017 alcanzó el 46,3% y fue del 38,9% en 2018 (ECRE, 2019).

⁵ Polonia, Hungría, República Checa y Eslovaquia conforman el Grupo de Visegrado o V4, una alianza política y cultural dentro de la UE opuesta en diversas ocasiones a mandatos de las instituciones europeas, especialmente en inmigración.

Gráfico 1

Distribución por Estado (de la UE y el EEE) y resultado de decisiones de asilo en primera instancia (solicitadas por no ciudadanos de la EU-27) en 2019 (%)



Fuente: Eurostat.

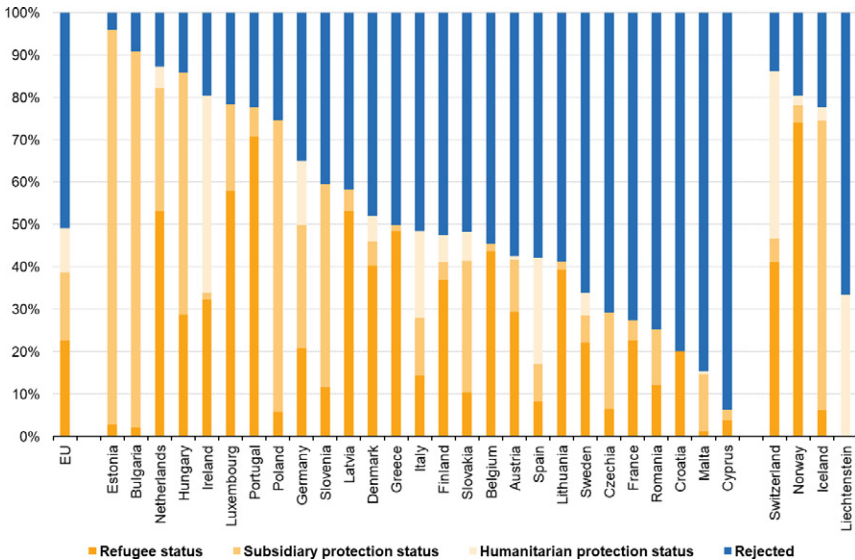
El ECRE subraya como un grave defecto del SECA el hecho de que las posibilidades de una persona de obtener protección varíen drásticamente dependiendo del Estado miembro en que realice su solicitud, constituyendo lo que califica como una "lotería de asilo". Esta situación debida a las deficiencias de los sistemas de decisión de determinados Estados miembros expone a los solicitantes al riesgo del vetado *refoulement* e impide su derecho a circular en territorio de la UE (ECRE, 2019).

Si nos centramos en dos de los países cuyos nacionales acusan las mayores diferencias en las tasas de reconocimiento en función del Estado miembro según Eurostat, Afganistán e Irak, observamos que las tasas de reconocimiento en primera instancia para los afganos en 2019 oscilaron entre el 93,8% en Italia y el 4,1% en Bulgaria (en ambos casos con gran número de solicitantes), pasando por un amplio espectro en el resto de Estados miembros: Países Bajos (24,6%),

Bélgica (32,2%), Suecia (37,7%), Alemania (44,4%) y Grecia 72,5%. En el caso de los iraquíes, las tasas de reconocimiento variaron del 66,8% en Francia y el 67,5% en Grecia, al 8,3% en Dinamarca, el 17,2% en Suecia y el 21,6% en Finlandia. Las amplias diferencias en la tasa de reconocimiento en primera instancia entre Estados miembros vemos que se mantienen en 2022 (Gráfico 2).

Gráfico 2

Distribución por Estado (de la UE y el EEE) y resultado de decisiones de asilo en primera instancia (solicitadas por no ciudadanos de la EU-27) en 2022 (%)



Fuente: Eurostat.

Aunque estas diferencias, como el uso del término “lotería de asilo” por parte del ECRE, pueden ser indicios de una diferencia de trato o discriminación para determinados solicitantes de asilo, no constituyen un fundamento jurídico válido para afirmar que exista una discriminación por origen nacional que vulnere el art. 3 de la Convención de Ginebra o el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para afirmar la existencia de discriminación deberíamos analizar los casos concretos y las causas de denegación en

los distintos Estados miembros a la luz de las Directivas 2011/95/CE (Directiva "cualificación") y 2013/32 (Directiva "procedimientos"), debiendo producirse resultados distintos en un mismo Estado miembro, ante situaciones equivalentes con la única diferencia del origen nacional del solicitante de asilo.

Por último, debemos señalar que en numerosos Estados miembros se está otorgando residencia o protección por razones humanitarias, como una solución para regularizar la situación de personas que solicitan protección internacional y cuyo retorno podría suponerles un peligro, evitando otorgarles los estatus de refugiado y protección subsidiaria. En cualquier caso, consideramos que debe analizarse cuidadosa e individualizadamente cada caso por los Estados miembros para determinar si procede conceder el estatus de refugiado o la protección subsidiaria -que son estatutos personales- y sólo si no se cumplen los requisitos, otorgar la residencia temporal por razones humanitarias, evitando cualquier generalización en función de la nacionalidad del solicitante o la preferencia interesada de los Estados miembros por otorgar estatutos de protección que les suponen menos obligaciones.

Esto es de gran importancia porque la obtención del estatuto de refugiado o protección subsidiaria determina el alcance de los derechos de los beneficiarios de la respectiva protección, recogidos y armonizados en sus estándares básicos para los Estados miembros en la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011⁶, al igual que ocurre con el estatus de protección temporal en aplicación de la Directiva 2001/55/CE. Por el contrario, los derechos que se otorgan al solicitante de protección por razones humanitarias dependen íntegramente de la regulación interna de cada Estado miembro.

Sirva como ejemplo España, que ha reconducido a la inmensa mayoría de solicitantes de asilo venezolanos (para los que el Defensor del Pueblo llegó a proponer sin éxito la aplicación del estatuto de desplazados temporales⁷) a una autorización de residencia temporal por razones humanitarias prevista en la legislación general de

⁶ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, 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 (DOUE L 337/9 de 20.12.2011).

⁷ La Recomendación del Defensor del Pueblo de 2018 en respuesta a la Queja número 17025491 proponía al Consejo de ministros español una declaración general de protección temporal para los venezolanos mientras se encontrasen en España, en

extranjería⁸, garantizándoles residencia con autorización para trabajar pero sin el resto de beneficios que se otorgan a los beneficiarios de asilo o protección subsidiaria. Así, en 2021, sólo se concedió el estatuto de refugiado a 10 de los 15.836 venezolanos que solicitaron asilo en España, mientras que otras 2 personas obtuvieron protección subsidiaria, otorgándose a 12.850 personas residencia por razones humanitarias (OAR 2022).

Parece claro que no sólo queda mucho por hacer en relación con la armonización de los criterios para conceder protección internacional en los Estados miembros de la Unión Europea y el tipo de protección procedente en cada caso, sino que debe profundizarse en los motivos de que las posibilidades de obtener protección difieran tan ampliamente entre diferentes Estados miembros incluso para solicitantes de protección internacional de la misma nacionalidad, para saber si se está produciendo discriminación por origen nacional.

Analicemos ahora si estas divergencias entre los Estados miembros se han producido también a raíz de la Decisión del Consejo de aplicar la Directiva de Protección Temporal a los desplazados por la guerra en Ucrania, dejando desprotegidos a determinados nacionales de terceros estados no ucranianos, y si esto puede considerarse trato discriminatorio; y, previamente, si el hecho de no aplicarla en otros conflictos previos y de similares características puede constituir discriminación.

2. La protección temporal a los desplazados por la guerra en Ucrania. Reflexión sobre la existencia de discriminación frente a situaciones similares, en las exclusiones de la Decisión de aplicación y en la implementación por los Estados miembros

2.1. La consideración de afluencia masiva de desplazados ante la guerra de Ucrania. Protección eficaz en la UE ¿y también discriminación respecto de otras situaciones?

La Unión Europea decidió activar la Directiva 2001/55/CE de protección temporal, mediante la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382,

virtud del RD 1325/2003, de 24 de octubre, de Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

⁸ El art. 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, permite autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa de extranjería por razones humanitarias no recogidas en el estatuto de protección subsidiaria.

del Consejo, de 4 de marzo de 2022⁹, casi inmediatamente tras producirse la agresión por parte de Rusia a Ucrania y la invasión de su territorio. Y ello con la finalidad de dar protección a las personas desplazadas por la guerra de manera colectiva, al tratarse de potenciales solicitantes de asilo, lo que llevó a considerar preferible la protección temporal, que evitaba al mismo tiempo un grave peligro de colapso de los sistemas de asilo de muchos Estados miembros debido al enorme contingente de personas desplazadas por la guerra, que a finales de 2023 alcanzaba 5.831.200 personas sólo en territorio europeo¹⁰.

Se ha considerado positiva por parte de la doctrina esta aplicación de la DPT, principalmente por la inmediatez de la protección que ofrece, y porque su marco jurídico se considera capaz de garantizar al menos unos derechos básicos a los beneficiarios de la protección (Milios 2022). No obstante, surgió inmediatamente el interrogante, tras la Decisión del Consejo, de por qué nunca había recurrido la UE a este instrumento en situaciones similares previas, y de si esto supone una discriminación de las proscritas por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (arts. 20 y 21) o la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, entre otras.

Y es que, desde el año 2001 en que se aprobó la DPT, se han sucedido en la UE abundantes y muy diversas situaciones de afluencia masiva que han implicado a un número importante de personas desplazadas buscando protección. Entre ellas podemos citar el estallido de la denominada Primavera Árabe, las guerras de Siria, Irak o Afganistán, llegadas masivas desde África Subsahariana cruzando el Mediterráneo, flujos mixtos muy elevados desde Venezuela y Centroamérica o, más recientemente, desde Bielorrusia.

Concretamente, la doctrina se ha preguntado por qué la respuesta ha sido tan rápida y efectiva en el caso de Ucrania con la aplicación de la DPT, y sin embargo fue mucho más lenta y para nada tan eficaz, con los desplazados que solicitaron o trataron de pedir protección

⁹ Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022, 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 y con el efecto de que se inicie la protección temporal (DOUE núm. 71, de 4 de marzo de 2022, 1-6).

¹⁰ ACNUR. Portal de datos sobre refugiados por el conflicto de Ucrania (actualizado a 10-10-2023), disponible en: <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>

internacional en la Unión Europea a raíz de la guerra de Siria, el caso reciente con mayor afluencia de personas desplazadas.

La pregunta es oportuna puesto que, en ambas situaciones, además de ser conflictos bélicos, se daban todos y cada uno de los requisitos que la Directiva de Protección Temporal exige para su aplicación, como han puesto de relieve, para el caso de Siria, entre otros, Villar (2017, 6), Ineli-Ciger (2016), Giordano (2018) o Milios (2022).

Por nuestra parte, consideramos también que, en ambos casos, Siria y Ucrania, se cumplen los requisitos para la aplicación de la DPT según la definición de protección temporal recogida en su art. 2.a)¹¹: una situación excepcional de afluencia masiva, o inminencia de esta, de personas desplazadas con origen en terceros Estados que no pueden volver a su país de origen y que supondrían un riesgo para el buen funcionamiento del sistema de asilo si solicitan protección de manera individual.

En los dos supuestos mencionados nos encontramos ante desplazamientos masivos, procedentes de terceros estados, de tal volumen de personas que el sistema de asilo no puede gestionarlas con garantías, y de personas que necesitan protección porque no pueden volver a su país de origen. En la guerra de Siria se alcanzó el máximo histórico de solicitantes de asilo en la Unión Europea, llegando a 1.321.600 personas en 2015 y 1.259.955 en 2016, casi duplicando los 672.000 solicitantes del anterior máximo (producido en 1992 por la guerra de los Balcanes), siendo evidente el desbordamiento de los sistemas de asilo de los Estados miembros, que todavía tenían (España entre ellos) cientos de miles de solicitudes de asilo sin resolver cuando comenzó el conflicto en Ucrania¹². De hecho, Siria seguía siendo en 2022 el país con mayor número de solicitantes de asilo en territorio de la UE, con 117.000, según la Agencia de Asilo

¹¹ La Directiva 2001/55/CE de Protección Temporal, art. 2.a). define la protección temporal como “un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección”.

¹² Poco antes de que estallara el conflicto, los datos completos de solicitudes de asilo pendientes de resolver en los 27 Estados miembros (sep. 2021) eran 177.935 solicitudes (Eurostat 2022), la mayoría en Alemania (83.455), España (19.530), Francia (15.695), Grecia (14.585) e Italia (12.225).

de la Unión Europea-EUAA. Considerando su situación geográfica y los millones de desplazados, es de suponer que, de no aplicarse la DPT a los potenciales solicitantes de asilo procedentes de Ucrania, se habrían marcado nuevos máximos históricos en los solicitantes de asilo en la UE.

La explicación de la inaplicación de la DPT en casos previos de afluencia masiva y repentina de personas desplazadas no es de carácter jurídico sino político y geoestratégico y se debe, como recuerda Porras (2017, 229), a la lamentable insolidaridad mostrada por determinados Estados miembros que han obstaculizado la adopción de las decisiones relativas a inmigración y asilo en la UE. Así, países como Hungría, Polonia o República Checa han dificultado de forma reiterada o impedido políticas migratorias y de asilo más abiertas, negándose incluso a la acogida de refugiados en cumplimiento de normas comunitarias en vigor y siendo condenados en varias ocasiones por este motivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹³, así como por negar derechos reconocidos por la UE a los refugiados o criminalizar la asistencia prestada a los solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares, tipificándola como delito (Pascual 2022, 171)¹⁴.

Desde el punto de vista jurídico, la imprecisión de la definición de "afluencia masiva" contenida en el artículo 2.d) de la Directiva 2001/55/CE de Protección Temporal¹⁵ fue deliberada, con la finalidad de otorgar un margen más amplio a los Estados miembros en la adopción de la decisión sobre su aplicación, si bien ha derivado en una

¹³ La STJUE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2020, Comisión/Polonia, Hungría y República Checa (Mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional) (715/17, 718/17 y 719/17) estimó los recursos por incumplimiento del Derecho de la Unión interpuestos por la Comisión contra estos tres Estados miembros, que no habían ejecutado las obligaciones subsiguientes en materia de reubicación establecidas por las normas comunitarias.

¹⁴ La STJUE (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2021, Comisión c. Hungría (821/19), declaró que Hungría había restringido injustificadamente la efectividad de los derechos garantizados por las Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE y consideró contraria al Derecho de la Unión la criminalización de la asistencia a los solicitantes de protección internacional, puesto que puede tener un efecto disuasorio en relación con las personas u organizaciones que alegan que las normas nacionales son incompatibles con el Derecho de la UE o promueven cambiarlas en este sentido.

¹⁵ El art. 2.d) DPT define afluencia masiva como "la llegada a la Comunidad de un número importante de personas desplazadas, procedentes de un país o de una zona geográfica determinada, independientemente de que su llegada a la Comunidad se haya producido de forma espontánea o con ayuda, por ejemplo, de un programa de evacuación".

interpretación estricta del concepto, justificando la inaplicación de la DPT (Beirens et al. 2016, 14).

Las consideraciones sobre las situaciones previas nos llevan a plantearnos si ha existido un trato discriminatorio, y de qué tipo sería, respecto de las personas desplazadas susceptibles de protección internacional que no fueron protegidas por este medio en ocasiones anteriores y que en muchos casos no llegaron a recibir protección alguna o, en el caso de los desplazados por el conflicto en Siria, la recibieron sobre todo fuera de la Unión Europea mediante el Acuerdo/Declaración UE-Turquía de 2016 (al que nos referiremos más adelante).

Ciertamente los discursos y normas aplicadas por la UE han variado enormemente según la ocasión. En el supuesto de las numerosas llegadas de inmigrantes y desplazados en 2021 a Letonia, Lituania y Polonia desde Bielorrusia, se calificaron por el Consejo de la UE como “un ataque híbrido que muestra un intento decidido de crear una crisis persistente y prolongada como parte de un esfuerzo concertado más amplio para desestabilizar la Unión Europea” y “un peligro para la seguridad de la Unión”, adoptándose medidas provisionales de emergencia para evitarlos con base en el art. 78 apartado 3 del TFUE¹⁶.

Debemos denunciar las diferentes respuestas de la UE, junto a autores como Kienast (2022), que se pregunta también sobre la posible discriminación que implican, denunciando especialmente las diferencias de discurso de sus líderes en cada caso. Así, se calificó como hemos visto de “amenaza para la seguridad” o “ataque híbrido” en el caso de los solicitantes de protección procedentes de Bielorrusia y de “familia europea” en el caso de los procedentes de Ucrania. Subraya este autor las implicaciones negativas para el Estado de Derecho en la UE de esta divergencia, puesto que la protección de los refugiados se basa en la prohibición de la discriminación y como hemos visto las normas aplicadas en cada caso se dirigen en unos casos al rechazo de los solicitantes y en otros casos a facilitar su acogida.

Existe además una evidente diferencia de trato entre solicitantes de protección internacional dependiendo de si están exentos o no de visado en la Unión Europea, ya que en países cuyos ciudadanos están

¹⁶ El Consejo calificó asimismo de instrumentalización de inmigrantes el hecho de que, a 21 de noviembre de 2021, 7.831 nacionales de terceros países hubiesen entrado en los territorios de Letonia, Lituania y Polonia procedentes de Bielorrusia de forma no autorizada, frente a los 257 de todo el año 2020. Al mismo tiempo se recibieron 2.676 solicitudes de asilo en Lituania, 579 en Letonia y 6.730 en Polonia, junto con otros 42.741 intentos de atravesar la frontera irregularmente que fueron impedidos por los tres Estados miembros.

exentos, como el caso de los ucranianos, pueden moverse libremente por el territorio de la UE durante 90 días para elegir el Estado acogida o solicitud de asilo. En el caso de nacionales de terceros estados no ucranianos que no estén exentos de la obligación de visado (como ocurrió anteriormente a los sirios), se ven obligados a presentar sus solicitudes de asilo o protección temporal en el primer país de llegada de la UE o bien optar por atravesar irregularmente las fronteras para alcanzar su Estado deseado de acogida para presentar su solicitud de protección internacional, y ello si consiguen entrar en la Unión Europea, porque como es sabido en el caso de Siria se optó por llegar a un acuerdo/Declaración con Turquía en 2016¹⁷, considerándolo la UE “país seguro” para que recibiese solicitudes de protección internacional, debido a que muchos sirios trataban de alcanzar irregularmente el Estado miembro en que deseaban solicitar asilo.

La Spina (2022, 218-219) considera “evidente la voluntad «discrecional» y en cierto modo «arbitraria» de diferenciar sin una justificación «objetiva y razonable»¹⁸, aplicando el mecanismo de protección temporal sólo para este conflicto, cuando en anteriores conflictos análogos no ha sido así”. El argumento es precisamente que la DPT ha permitido una inaudita posibilidad de elección en el caso de los ucranianos del Estado miembro de solicitud de asilo, exceptuando el régimen de Dublín aplicable al resto de solicitantes; como el Código de Fronteras Schengen¹⁹ no incluye disposiciones explícitas que regulen la entrada de personas solicitantes de asilo y garanticen el acceso general al procedimiento con garantías, estima que se produce la discriminación y no sólo un trato menos favorable a los desplazados no ucranianos.

¹⁷ El Acuerdo UE-Turquía de 18 de marzo de 2016 tenía como objetivo limitar o dar fin a la práctica de coger un barco desde Turquía para llegar a Europa y pedir asilo, especialmente por los desplazados procedentes de Siria. Turquía se comprometía a readmitir a toda persona llegada irregularmente a las costas griegas y a cambio, los Estados Miembros aceptaban readmitir un ciudadano sirio por cada sirio retornado a Turquía, dando la UE el mensaje de que los que intentaran llegar a Grecia serían rápidamente retornados, mientras que los que esperaran pacientemente en Turquía tendrían la posibilidad de entrar en su lugar.

¹⁸ El TEDH avala estas diferencias: “el trato preferente a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (...) puede decirse que se basa en una justificación objetiva y razonable, porque la Unión constituye un ordenamiento jurídico especial que, además, ha establecido su propia ciudadanía” (STEDH *Ponomaryovi v. Ukarine*, solicitud n. 5335/05, 21 de junio de 2011, par. 54).

¹⁹ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) DOUE L 77, 23.3.2016, 1-52.

Pese a todo, consideramos que la diferencia de trato tiene en este caso una justificación objetiva y razonable, la aplicación del Reglamento 2018/1806 que establece la lista de terceros países cuyos nacionales necesitan o están exentos de visado para cruzar las fronteras exteriores de la UE. El Reglamento, y no la DPT o la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, es el responsable de la diferencia de trato, que no impide a los desplazados no ucranianos presentar su solicitud de asilo en frontera, en el primer Estado miembro al que lleguen según dispone el Reglamento (UE) 604/2013 (Dublín III)²⁰. La elección del Estado miembro de solicitud no forma parte del contenido del derecho de asilo por lo que su ausencia no supone discriminación en el ejercicio de este.

Al ser Ucrania frontera con cuatro Estados miembros (Polonia, Eslovaquia, Rumanía y Hungría), tampoco existe impedimento para las personas desplazadas de Ucrania no incluidas en el régimen de protección temporal para solicitar asilo si no pudiesen regresar de forma segura a sus países de origen, si bien solamente las personas exentas de visado podrán elegir el país europeo en el que solicitar protección. No obstante, en otras situaciones similares de afluencia masiva desde territorios no fronterizos sí puede suponer un problema como lo fue en el caso de los desplazados provenientes de Siria puesto que los Estados miembros no están obligados por la legislación de la UE a conceder un visado humanitario a las personas que pretenden viajar a su territorio con intención de solicitar asilo, dependiendo plenamente del derecho nacional esta concesión (STJUE PPU X y X contra État Belge, asunto C-638/16, de 7 de marzo de 2017²¹).

Comparando las diversas situaciones previas de desplazamiento forzado y masivo con la de Ucrania debemos afirmar, en primer lugar, que no se puede sustentar la existencia de discriminación basada en el art. 20 "Igualdad de trato" o el art. 21 "no discriminación" de la CDFUE por razón de la nacionalidad en el caso de nacionales de terceros países, puesto que, como afirma la FRA (2018, 29): "a pesar del carácter amplio de los artículos 20 y 21 de la Carta de la UE, el alcance personal de la protección que confiere el Derecho derivado de la UE es restringido; las Directivas en materia de no discriminación no

²⁰ Reglamento (UE) 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 (DO L 180 de 29.6.2013, pp. 31-59).

²¹ ECLI:EU:C:2017:173

protegen a los nacionales de terceros países (NTP) contra los tratos desfavorables en razón de la nacionalidad”.

Más clara en el sentido de admitir diferencias de trato basadas en la nacionalidad es la Directiva 2000/43/CE que prohíbe la discriminación por motivos raciales o étnicos en la UE, al aclarar que “(...) Esta prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y al ejercicio profesional” (Considerando 13). No existiría discriminación según esta norma.

Las personas que huyen de Ucrania a territorio de la Unión Europea han sido bienvenidas por su proximidad cultural, por tratarse de europeos, civilizados, de clase media y cristianos (más de un 85%), junto al hecho de que se trata de un país que ha proporcionado en las últimas décadas trabajadores esenciales para la UE, y por ello muchos desplazados contaban con familiares, amigos y conocidos para acogerlos, y sobre todo, por la singularidad de que los nacionales ucranianos están exentos de visado para el cruce de las fronteras de la Unión y la realidad de que los ucranianos llevan años moviéndose por su territorio (Garcés 2022).

Sin embargo, de estas justificaciones, la única que se cita en la Decisión de la UE de aplicar la DPT, junto con la necesidad de protección, es la exención de visado, que no supone una discriminación, directa ni implícita por motivos raciales, étnicos o religiosos²², ya que está fundada en una norma previa de la UE adoptada conforme a sus competencias.

Tampoco existe discriminación en la apreciación de la existencia de “afluencia masiva” de personas desplazadas por el Consejo que exige la DPT para su aplicación, ya que no es una decisión de carácter reglado ni basada en elementos objetivos u objetivables, sino de carácter político y subjetivo por los Estados miembros que “valorarán la

²² Directiva 2000/43/CE, “artículo 2. Concepto de discriminación. 1. (...) se entenderá por ‘principio de igualdad de trato’ la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico (...) a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.”

conveniencia de establecer la protección temporal”²³, como recuerda Arenas (2003). El art. 5 les otorga esta competencia para la “apreciación” de si se dan las circunstancias para la aplicación de la Directiva, y deciden en el seno del Consejo (a propuesta de la Comisión).

Hay que remitirse pues a la voluntad política de los Estados miembros, permitida por las normas de la UE, como razón última para explicar las distintas soluciones adoptadas por la Unión Europea ante situaciones objetivamente idénticas en cuanto a la necesidad de protección de las personas y las causas de su desplazamiento. El trato más favorable basado en la nacionalidad en el caso de los nacionales ucranianos tampoco puede esgrimirse como discriminatorio, ya que, como hemos visto la UE admite distinciones de trato por nacionalidad entre nacionales de terceros países con finalidades legítimas, y corresponde a las competencias de la UE establecer los países cuyos nacionales están exentos o no de visado para cruzar sus fronteras.

Sobre esta base, y analizando los mecanismos de emergencia puestos en marcha por la UE, como la Declaración con Turquía de 18 marzo de 2016 para los sirios, o la aplicación de la DPT compatible con la solicitud de asilo para los ucranianos, se pueden entender las relaciones que la UE establece con determinados países, así como el acceso a programas que da a unas nacionalidades y otras se deniega. Borja (2018), refiriéndose al caso de Siria, sí identifica un claro ejercicio de discriminación dependiendo de la nacionalidad del solicitante de asilo. Así, este autor denuncia la existencia de “refugiados de primera y de segunda”, puesto que en función de su nacionalidad unas personas disfrutaban de un procedimiento más rápido a la hora de tramitarse su petición de asilo (el denominado *fast-track* sirio) mientras otras experimentan difícil acceso o directamente son blanco de deportación, refiriéndose a los solicitantes provenientes de países como Pakistán (país con grave inestabilidad política y violaciones frecuentes de los derechos humanos) o Afganistán (zona de guerra) en el caso de Grecia.

²³ El art. 5.4 DPT establece que la decisión del Consejo se basará en: “a) el examen de la situación y la magnitud de los movimientos de personas desplazadas; b) la valoración de la conveniencia de establecer la protección temporal (...) teniendo en cuenta las posibilidades de ayuda de urgencia y de acciones in situ o su insuficiencia; c) la información comunicada por los Estados miembros, la Comisión, el ACNUR y otras organizaciones internacionales pertinentes.”. Ninguno de estos criterios es objetivo u objetivable y todos se resumen en el criterio b) “la valoración de la conveniencia de establecer la protección temporal”.

2.2. *Exclusión de colectivos necesitados de protección internacional en la aplicación e implementación Directiva de Protección Temporal. España como excepción*

Analicemos ahora el ámbito subjetivo de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022, que aplica la DPT a los desplazados por el conflicto de Ucrania, y los diversos grupos de personas desplazadas excluidas del mismo, planteándonos si se ha producido una discriminación.

Debemos partir de que los Estados miembros pueden ampliar este ámbito subjetivo, por los que pondremos como referencia para la comparación el caso de España al ser el país de la UE que más lo ha ampliado. También debemos establecer la premisa, aunque pueda parecer lo contrario, de que la protección temporal no es un derecho en la Unión Europea incluido en la CDFUE como el derecho de asilo, y el art. 5.3 DPT dispone que la Decisión del Consejo de su aplicación incluirá "a) una descripción de los grupos concretos de personas a los que se aplicará la protección temporal", de lo que se deduce que su otorgamiento, a diferencia del asilo, no es un derecho de toda persona afectada por la situación que motive la aplicación de la Directiva.

Por su parte los Estados miembros pueden ampliar el ámbito subjetivo de aplicación respecto al que establezca el Consejo, sin recibir en este caso fondos adicionales de la UE. En el caso de Ucrania, España en el Acuerdo del Consejo de Ministros²⁴ para la aplicación de la Decisión de Ejecución del Consejo, decidió adoptar un régimen mejorado respecto al régimen general de la UE y también respecto a su propio sistema nacional, en línea con el espíritu del Derecho Internacional de los Refugiados.

Esto podemos verificarlo en relación con el ámbito subjetivo de la protección temporal. En términos generales el art. 2.1 de la Decisión de Ejecución, dispone que esta se aplica "a las siguientes categorías de personas desplazadas desde Ucrania desde el 24 de febrero de 2022 en adelante, como consecuencia de la invasión militar por parte de las fuerzas armadas rusas que comenzó en dicha fecha:

- a) nacionales ucranianos que residieran en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022;

²⁴ El Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022 aprobó el Acuerdo por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España.

- 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 24-2-2022, y
- c) miembros de las familias de las personas a que se refieren las letras a) y b).”

En relación a otras categorías de personas, la mayoría de los Estados miembros: Alemania, Italia, Polonia, Rumanía, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia y hasta Hungría, con restricciones, siguieron la sugerencia del art. 2.2 de la Decisión de Ejecución 2022/382 de ampliar la protección a apátridas y nacionales no ucranianos de terceros Estados que contasen con residencia permanente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022 y no puedan regresar en condiciones seguras y duraderas. No obstante, en primer lugar, no es tan sencillo contar con residencia permanente y esto puede dejar fuera del régimen de protección temporal a muchas personas extracomunitarias no ucranianas con residencia efectiva desde hace varios años en Ucrania; en segundo lugar, la Decisión del Consejo y todos los Estados miembros han excluido de la protección temporal a los miembros de la familia de las dos categorías mencionadas.

Solamente España, Rumanía y República Checa han ampliado el ámbito subjetivo al otorgar protección temporal a los miembros de la familia de los mencionados (apátridas y extracomunitarios no ucranianos residentes permanentes excluidos por la Decisión del Consejo), y solo España, República Checa y Alemania han dado protección a categorías adicionales de personas de las previstas por la Decisión de Ejecución del Consejo²⁵.

Solamente España ha ampliado el ámbito de aplicación subjetivo de la Decisión de Ejecución del Consejo a los nacionales de terceros países (de nacionalidad no ucraniana), con residencia efectiva no permanente en Ucrania en el momento de producirse la invasión rusa,

²⁵ República Checa otorga protección temporal a nacionales ucranianos que ingresaron legalmente antes del 24-2-2022 y residían legalmente en el país antes de solicitar la condición de desplazados, así como a los miembros de su familia. Junto con Alemania, otorga también protección temporal a nacionales de terceros países no ucranianos que se encontrase legalmente en Ucrania antes del 24-2-2022 y puedan demostrar que su regreso a su país de origen no es posible debido a la amenaza de peligro inminente. España, además, otorga protección temporal a las familias de este último grupo.

Asimismo, Alemania y España han concedido protección temporal a nacionales ucranianos que residían en su territorio, temporalmente, antes del 24-2-2022y que no pueden regresar a su país, y a nacionales ucranianos que huyeron o que se encontraban en otro Estado miembro de la UE poco antes de esa fecha, por distintos motivos.

e incluso a los ucranianos que se encontraban en España en situación irregular con anterioridad a dicho momento, mediante la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, 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 y 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.

En relación con el trato desigual causado por la discrecionalidad estatal, si consideramos los estudios de la FRA sobre la aplicación de la Decisión de Ejecución 2022/382 del Consejo por parte de los Estados miembros que más personas desplazadas han recibido, puede fácilmente corroborarse que no todos los Estados miembros han sido tan generosos como España en la ampliación de su ámbito subjetivo. Hemos comprobado la exclusión del ámbito de aplicación de la directiva de los inmigrantes en situación regular no permanente, pero también se dan exclusiones en la aplicación de la Directiva de familiares de los beneficiarios, por la ausencia de una definición de conceptos como el de “dependencia” o el de “otros parientes cercanos” y porque se requiere que la relación familiar exista previamente en el país de origen, por lo que los lazos familiares establecidos en países vecinos como, por ejemplo, Polonia o Rumanía después del 24 de febrero de 2022, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Decisión del Consejo.

La desigualdad de trato para personas en idéntica situación en distintos Estados miembros de la UE se produce incluso cuando se trata de colectivos vulnerables, bien por falta de medidas específicas, bien por la inconcreción de estas, como ocurre en el art. 13.4 DPT que en el caso de los menores no acompañados o las personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia moral, física o sexual, establece que “Los Estados miembros preverán la asistencia necesaria, médica o de otro tipo”, en favor de los beneficiarios de protección temporal con necesidades particulares como los mencionados.

España adoptó medidas en favor de estos y otros colectivos en el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania²⁶. Sin embargo, la escasa precisión en los términos usados de la DPT tiene

²⁶ Para mayor profundidad sobre los arts. 47 a 50 del RDL 6/2022, véase Durán (2022, 983-985).

como consecuencia un trato muy desigual dependiendo de los Estados miembros, incluso para categorías de personas desplazadas especialmente vulnerables como víctimas de trata de personas o menores no acompañados.

Destaca igualmente el hecho de que la protección de las parejas de hecho dependa de cada Estado miembro en la aplicación de la protección temporal, situación que es particularmente preocupante para la protección o reagrupación de las parejas de personas del colectivo LGBTIQ+ de nacionalidad no ucraniana teniendo en cuenta las políticas actuales en países como Polonia o Hungría abiertamente contrarias a estas personas (Milios 2022).

Pese a todo lo anterior, debemos concluir que las diferencias de trato en la protección temporal en los distintos Estados miembros, desde el punto de vista jurídico, no pueden considerarse una discriminación contraria al Derecho de la UE pues no se basan en el origen racial o étnico sino en la propia configuración legal de la protección temporal que a diferencia del asilo, no es universal y depende en su ámbito subjetivo de la decisión concreta del Consejo y su aplicación por los Estados miembros.

La mejora del estatus o del ámbito subjetivo que ha aplicado España entre otros Estados miembros (un grupo muy reducido) sería un trato más favorable permitido por la normativa y auspiciado por las Instituciones comunitarias, pero no responde a una obligación jurídica, pudiendo los colectivos excluidos acceder al territorio y solicitar asilo en ejercicio de este Derecho, aunque no con la inmediatez ni facilidad de la protección temporal. En cualquier caso, pese a que la extensión de la protección temporal a no ucranianos con situaciones temporales de estancia o por estudios sea discrecional para los Estados miembros, debería garantizarse un paso seguro por razones humanitarias sin necesidad de visado ni documentos de viaje válidos.

Que no exista una discriminación normativa no quita que desde el punto de vista fáctico o vía de hecho administrativa se hayan producido y denunciado múltiples actuaciones discriminatorias por motivos raciales o étnicos en las fronteras con motivo del conflicto en Ucrania contrarias al Derecho de la Unión. Lighthouse Reports reveló cómo los estudiantes extranjeros africanos o de aspecto no occidental, eran segregados y obligados a largas esperas en las fronteras o posteriormente detenidos en centros de recepción cerrados en Polonia con la excusa de no tener los pasaportes en regla (González-Páramo 2022: 78-79). Se denunció también que la misma guardia fronteriza polaca que ofrecía abrigo y comida caliente a los desplazados ucranianos, rechazaba violentamente a otras víctimas, algunas

también de Vladimir Putin en Oriente Medio como personas sirias, kurdas o yazidíes que aguardaban en el gélido bosque de Bialowieza (Tondo 2022)

3. El futuro de la protección internacional en situaciones de afluencia masiva en la UE

La protección temporal debe tenerse muy presente como instrumento para situaciones de emergencia en territorio de la Unión Europea, siendo susceptible la DPT tras el precedente de Ucrania, o bien la norma que propone la Comisión para sustituirla, de aplicación a situaciones similares en el futuro. Y más considerando la frecuencia de las situaciones de crisis y emergencia migratoria por desplazamientos masivos en lo que va de siglo, y las previsiones de que puedan incrementarse por el cambio climático en torno a un 200 % con respecto a la actualidad (Smirnov et al. 2022)²⁷.

En el caso de afluencia masiva de personas desplazadas, uno de los aspectos más positivos del régimen protección temporal aplicado a la situación de Ucrania es que aquellas personas a las que se haya concedido esta protección en un Estado miembro de la UE pueden, en cualquier momento, solicitar asilo y cualquier otro tipo de protección internacional disponible en el Estado miembro de acogida, siendo este responsable de examinar dicha solicitud (arts. 17 a 19 DPT).

No hay que olvidar que la protección temporal acabará como máximo en tres años (marzo de 2025), implicando conforme se acerque dicha fecha el inicio de un número cada vez mayor de procedimientos de asilo por parte de los desplazados y reactivándose los problemas permanentes de los sistemas nacionales de asilo de los Estados miembros y de la normativa de la UE si no ha concluido el conflicto.

En caso de denegación de la solicitud de asilo o de otra forma de protección internacional a un beneficiario de protección temporal, la DPT dispone que los Estados miembros le permitirán seguir disfrutando de esta durante el período que le reste de la misma, o como recuerda Azcárraga (2022, 80), permanecer en aplicación del régimen general de extranjería una vez finalice la protección temporal.

²⁷ El estudio prevé dicho incremento en los flujos migratorios, derivado del cambio climático, en el escenario político internacional actual, de cumplirse los objetivos del Acuerdo de París sobre incremento de la temperatura mundial, y hasta un 500 % de no cumplirse.

Esta discusión puede perder relevancia al estar prevista por la UE desde 2020 la sustitución de la Directiva 2001/55/CE, como parte del paquete legislativo del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, por la propuesta de Reglamento relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y asilo, que establece normas para la concesión del estatuto de protección inmediata en situaciones de crisis.

Al tratarse de un Reglamento, aplicable en todos sus elementos en todos los Estados miembros, esto puede ser una solución para las relevantes divergencias en su transposición por los Estados miembros en su aplicación, como ha sucedido en el caso de Ucrania. La propia Comisión en la propuesta de Reglamento sobre situaciones de crisis reconoce las necesidades de profundizar en esta armonización, pese al incremento de la cooperación entre EEMM, al afirmar que “los sistemas de asilo, acogida y retorno de los Estados miembros siguen sin estar armonizados en gran medida”, con las consecuentes ineficiencias y sobre todo ausencia de un mismo trato justo a los solicitantes de asilo en toda la UE, lo que a su vez provoca movimientos internos dentro de la UE en busca de mejores condiciones y perspectivas.

El Reglamento de situaciones de crisis y fuerza mayor busca garantizar un equilibrio entre las necesidades inmediatas de los Estados miembros para gestionar situaciones de crisis o fuerza mayor, susceptibles de que el sistema de retorno, acogida o asilo del Estado miembro deje de ser funcional (como la DPT), estableciendo excepciones en relación a los plazos y procedimientos dispuestos en el resto de normativa sobre migración y asilo, pero respetando la necesidad de uniformidad y seguridad jurídica en la aplicación de tales excepciones para que no resulten arbitrarias.

El objetivo es que las autoridades nacionales que se enfrentan a una situación de fuerza mayor dispongan de más tiempo para llevar a cabo sus tareas y la necesidad de proteger los derechos de los solicitantes y los nacionales de terceros países o apátridas cuya solicitud de protección internacional haya sido rechazada, y que la aplicación sea uniforme en la UE utilizando para ello el Reglamento como instrumento jurídico²⁸.

En cuanto a los derechos de las personas desplazadas temporalmente, la Propuesta pretende garantizar que las personas a quienes se les conceda “protección inmediata” (estatus que sustituye al de “protección temporal”) se beneficien de derechos económicos y

²⁸ La Propuesta permite excepciones en materia de asilo y procedimiento fronterizo como prolongar la duración del examen de una solicitud de protección internacional en el ámbito del procedimiento fronterizo, con un procedimiento específico de retorno en situaciones de crisis con vistas a facilitarlos.

sociales equivalentes a los que disfrutaban los beneficiarios de protección subsidiaria. Sin embargo, compartimos la opinión de que, ante estos desplazamientos masivos, más bien “surge la necesidad de que la protección internacional se extienda a personas que, aunque han tenido que desplazarse forzosamente, no son refugiados en virtud de lo establecido en dicha Convención [de Ginebra] (Bartomeu 2022).

Lamentablemente, seguirá sin quedar resuelta en el Reglamento de crisis la cuestión de una garantía real de acceso al territorio de la Unión Europea para solicitar protección, pese a que se afirme que los Estados miembros concederá el estatuto de protección inmediata respecto de las personas desplazadas procedentes de terceros países que corran un riesgo elevado de ser sometidas a violencia indiscriminada, en situaciones excepcionales de conflicto armado, y que no puedan volver a su país de origen, salvo que representen un peligro para la seguridad nacional o el orden público del Estado miembro. Además, dicho estatuto se aplicará sin perjuicio de su solicitud de protección internacional en trámite en el Estado miembro en cuestión.

Los instrumentos que recoge el Reglamento de crisis son: un procedimiento simplificado y plazos más cortos para activar el mecanismo de solidaridad obligatorio previsto para las situaciones de presión en el nuevo Reglamento sobre gestión del asilo y la migración²⁹; un alcance más amplio para la reubicación; y por último refuerza la posibilidad de asistencia mutua entre los Estados miembros para efectuar las devoluciones, a través del patrocinio de retornos³⁰, uno de los mecanismos creados por el Nuevo Pacto de Migración y Asilo.

La Propuesta de Reglamento incluye un concepto de “crisis” bastante más concreto que el de “afluencia masiva”, que recoge la DPT. Se especifica que la llegada debe ser irregular, se tiene en cuenta el volumen de personas, que debe de ser capaz de afectar al sistema de retorno, acogida o asilo de forma tal que deje de ser funcional en función de la población y PIB del Estado miembro afectado, además de

²⁹ 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) sobre Fondo de Asilo y Migración, de 23 de septiembre de 2020 (COM/2020/610 final).

³⁰ Según la propuesta de Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración, los Estados miembros que proporcionan patrocinio de retornos se comprometen a devolver a los migrantes irregulares en nombre de otro Estado miembro, realizando todas las actividades necesarias para este fin directamente desde el territorio del Estado miembro beneficiario. Si no se logra el retorno en el plazo de ocho meses, los migrantes irregulares serían trasladados al territorio del Estado miembro patrocinador para la ejecución efectiva del retorno. El plazo se reduce en situaciones de crisis a cuatro meses.

tenerse que demostrar para su aplicación que tendría graves consecuencias para el SECA. Como novedad, se puede aplicar ante situaciones en las que exista el riesgo inminente de este tipo de llegadas.

Conclusiones

El Sistema Europeo Común de Asilo, al descansar todavía en muchos aspectos en la normativa y prácticas interna de los Estados miembros, provoca un trato diferenciado entre personas necesitadas de protección internacional que se encuentran en la misma situación, pero tienen distintas circunstancias personales o nacionalidad.

Esto ocurre no sólo en relación con el acceso a dicha protección, sino también en cuanto al alcance de esta (internacional/asilo o interna/residencia por razones humanitarias). Sin embargo, analizando la literatura sobre la cuestión y la normativa aplicable, encontramos que en la mayor parte de los casos las diferencias de trato basadas en la nacionalidad se encuentran amparadas por la normativa de la UE, y es difícil identificarlas como discriminación conforme a las normas internacionales o de la propia Unión Europea.

El origen nacional, pese a ser un criterio admitido para el trato diferenciado de nacionales de terceros estados, requiere una justificación objetiva y razonable, que en el caso Ucrania y la aplicación de la Directiva de Protección Temporal reside en la competencia del Consejo de determinar sus beneficiarios y en la previa exención de visado a los nacionales ucranianos. Aunque conllevan ventajas muy significativas en razón de la nacionalidad, no suponen discriminación de nacionales de terceros países desde el punto de vista jurídico.

Sin embargo, el origen nacional no es un criterio diferenciador admisible en el acceso al derecho de asilo, protegido por el derecho originario de la Unión Europea y vinculado a los derechos humanos, y suponiendo discriminación respecto a otras nacionalidades como ocurre con el *fast-track* sirio.

En cualquier caso, se hace necesario crear un visado humanitario en la UE con la finalidad de solicitar asilo al que pueda accederse desde fuera de sus fronteras y que facilite la llegada a su territorio con esta finalidad, aunque las iniciativas presentadas por el Parlamento Europeo en este sentido han fracasado por el momento³¹.

³¹ Vid. el Informe de 6 de noviembre de 2018 con recomendaciones dirigidas a la Comisión sobre los visados humanitarios, con base en el artículo 77 apdo. 2, letra a del TFUE - 2017/2270(INL).

Asimismo, resulta clara la necesidad de que el Sistema Europeo Común de Asilo sea más uniforme, reduciendo el margen de apreciación por parte de los Estados miembros a la hora de decidir si otorgar protección y el tipo de protección a otorgar, evitando que los tratos diferenciados produzcan *de facto* o *de iure* una discriminación de personas con el mismo origen y nacionalidad en función del Estado miembro de solicitud, o provoquen que las personas de determinadas nacionalidades (como afganos e iraquíes) no tengan acceso o se les deniegue una protección internacional a la que tienen derecho.

Incluso en un caso en que la normativa protectora de la UE ha sido efectiva y la postura de los Estados miembros ha sido unánime, como el de la aplicación de Directiva de Protección Temporal a los nacionales ucranianos desplazados por la guerra, se producen exclusiones que, pese a no ser discriminatorias jurídicamente, sí son de difícil justificación. Así hemos visto que la Decisión de aplicación de la DPT deja fuera del estatus de protección temporal (excluyendo de su ámbito de aplicación subjetivo) a amplios grupos de personas extracomunitarias no ucranianas necesitadas de protección internacional o deja la protección de ciertos grupos a la discrecionalidad de los Estados miembros. España ha sido un ejemplo de extensión de la protección temporal en función de las necesidades de los desplazados, pero a la vez una de las pocas excepciones en la Unión Europea.

Finalmente, comprobamos que las propuestas del Reglamento de crisis en el marco Nuevo Pacto sobre Inmigración y Asilo de la UE indican que, dadas las posturas discrepantes de ciertos Estados miembros que impiden avanzar en una mayor armonización de las normas de protección de la UE (que pese a ello intenta sustituyendo la DPT por un Reglamento), seguirán siendo preeminentes la diferenciación por origen nacional y la voluntad de los Estados en el otorgamiento de protección y el tipo de protección concedida, relegando las necesidades objetivas de protección de los solicitantes. El acento se desplaza al intento de garantizar la solidaridad entre los Estados miembros al menos en relación con los costes, tanto de la acogida como del retorno, cuando no se conceda a los solicitantes protección internacional ni por razones humanitarias.

Bibliografía

Arenas, Nuria. 2003. *Los desplazamientos forzados de población a gran escala. La Directiva europea relativa al sistema de protección temporal* [tesis doctoral inédita]. Universidad de Sevilla.

- Azcárraga, Carmen. 2022. «La 'afluencia masiva de personas desplazadas' desde Ucrania y su protección temporal en la Unión Europea y en España». *Revista General de Derecho Europeo* 57: 77-116.
- Bakewell, Oliver. 2018. «Conceptualising Displacement and Migration: Process, Conditions and Categories», en *The Migration-Displacement Nexus. Patterns, Processes and Policies. Studies in Forced Migration*, editado por Khalied Koser y Susan Martin, 14-26. Nueva York: Bergan Books.
- Bartomeu, Andrea. 2022. *Origen y fundamentos del principio de non-refoulement en el marco del Derecho Internacional de las personas refugiadas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Beirens, Hans, Sheila Maas, Salvatore Petronella y Maurice van der Velden. 2016. *Study on the Temporary Protection Directive: Final Report*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
- Borja, Andrea. 2018. «¿Refugiados de primera o segunda clase?», *Relaciones Internacionales* 36: 31-50.
- Cano, M^a Ángeles. 2016. «Asilo y refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración 2015 y retos del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 41: 209-234.
- Costello, Cathryn y Michelle Foster. 2022. «(Some) refugees welcome: When is differentiating between refugees unlawful discrimination?», *International Journal of Discrimination and the Law* 22, n. 3: 244-280.
- Durán, Francisco J. 2022. «La regulación de la protección temporal de los desplazados por la guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de protección internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 73: 951-993.
- ECRE. 2023. *AIDA Comparative Report: Not there yet: Family reunification for Beneficiaries of International Protection*. Acceso el 24 Noviembre 2023: <https://ecre.org/aida-comparative-report-not-there-yet-family-reunification-for-beneficiaries-of-international-protection/>
- ECRE. 2019. *Asylum Statistic in Europe. Factsheet*. Acceso el 24 de Noviembre de 2023: <https://ecre.org/wp-content/uploads/2020/06/Statistics-Briefing-ECRE.pdf>
- EUROSTAT. 2022. *Key figures in Europe*. Bélgica: EU. Acceso el 24 de Noviembre 2023: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/15216629/15358170/KS-EI-22-001-EN-N.pdf/273c56e9-a255-ebc6-fb8d-33f3bb7ca2cf?t=1669211457873>
- FRA. 2018. *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Unión Europea. Acceso el 24 de Noviembre de 2023: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/handbook_non_discri_law_spa
- FRA. 2022. *National legislation implementing the EU Temporary Protection Directive in selected EU Member States (August 2022 update)*. Acceso el 24 de Noviembre de 2023: <https://fra.europa.eu/en/publication/2022/national-legislation-implementing-eu-temporary-protection-directive-selected-eu>

- Garcés, Blanca. 2022. «Por qué esta crisis de refugiados es distinta». *CIDOB opinión* 728.
- Giordano, Antonella. 2018. «De la protección a la securitización: los derechos humanos en la Declaración Unión Europea-Turquía». *El Genio Maligno: revista de humanidades y ciencias sociales* 22: 12-23.
- González-Páramo, Ana. 2022. «Luces y sombras de la acogida europea al exilio ucraniano». *Anuario CEIPAZ 2021-2022*, 73-86.
- Ineli-Ciger, Meltem. 2016. «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, n. 1: 1-33
- Kienast, Julia. 2022. «'Crisis rhetoric' and derogations from the AFSJ: Is EU asylum policy discriminatory or does its implementation reflect the rule of law?». *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. especial 06: 117-143.
- La Spina, Encarnación. 2022. «La diferenciación vs. discriminación como línea de tendencia en los regímenes de inmigración y asilo: algunas reflexiones», *Revista de la Facultad de Derecho de México* 72, n. 284: 193-222.
- Meyer, Claus K. y Sebastian Boll. 2018. «Categorising migrants: standards complexities and politics», *Anti-Trafficking Review* 11: 1-14.
- Milios, Georgios. 2022. «La activación de la Directiva sobre protección temporal para las personas desplazadas de Ucrania como consecuencia de la guerra», *Revista electrónica de estudios internacionales* 44. DOI: 10.17103/reei.44.08
- OAR. 2022. *Asilo en cifras 2021*. Ministerio del Interior. Acceso el 24 de Noviembre de 2023: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-alciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo_en_cifras_2021.pdf
- Pascual, Laura. 2022. «La criminalización de la asistencia a los solicitantes de asilo en Hungría (a propósito de la sentencia Comisión/Hungría, C-821/19)». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 71: 169-187.
- Porras, José M^a. 2017. «El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización». *Revista de Estudios Políticos* 175: 207-234.
- Smirnov, Oleg, Gallya Lahav, John Orbell, Minghua Zhang y Tingyin Xiao. 2022. «Climate Change, Drought, and Potential Environmental Migration Flows Under Different Policy Scenarios». *International Migration Review* 57, n. 1: 36-67.
- Tondo, Lorenzo. 2022. «Embraced or pushed back: on the Polish border, sadly, not all refugees are welcome». *The Guardian*. Acceso el 24 de Noviembre de 2023: <https://www.theguardian.com/global-development/commentisfree/2022/mar/04/embraced-or-pushed-backon-the-polish-border-sadly-not-all-refugees-are-welcome>
- Villar, Santiago A. 2017. «Refugiados e (in)solidaridad en la UE: la no aplicación de la Directiva 2001/55/CE». *Documents CIDOB* 8: 1-7.

