

La respuesta de la UE ante los refugiados de Ucrania: ¿Excepción puntual o cambio de perspectiva?

The EU's response to refugees from Ukraine: a one-time exception or a change of perspective?

Cristina Gortázar Rotaache
Departamento de Derecho internacional, Relaciones internacionales y Derecho de la UE
Universidad Pontificia Comillas-ICADE

Fecha de recepción 21/03/2023 | De publicación: 22/06/2023

RESUMEN

En el presente escrito se quiere realizar una modesta aportación al debate sobre el sistema de responsabilidad compartida entre los Estados miembros (EM) de la UE para la acogida de las personas solicitantes de protección internacional en territorio europeo. Se mirará con esperanza -no exenta de análisis crítico- la activación de la Directiva europea sobre Protección temporal (DPT) para la acogida de las personas que huyen de la guerra en Ucrania, tratando de encontrar ciertos elementos positivos en dicha activación, y reflexionar sobre un posible "nuevo modelo" en el que la responsabilidad compartida sea del todo vinculante para los EM y en el que la distribución de las personas solicitantes de asilo entre dichos EM tenga en cuenta las circunstancias objetivamente individualizadas de los solicitantes (cierta agencia de las personas para su propia distribución). Algunas enseñanzas podrían hacernos repensar determinadas propuestas de Pacto Europeo de Migración y Asilo (PEMA 2020).

PALABRAS CLAVE

Activación de la Directiva 2001/55/CE sobre Protección temporal; discriminación racial indirecta; responsabilidad compartida entre EM; agencia de los solicitantes de protección internacional; PEMA 2020.

ABSTRACT

In this paper we want to make a modest contribution to the debate on the system of shared responsibility between the Member States (MS) of the EU for the reception and protection of asylum seekers in European territory. The following lines will look with hope -not exempt from critical analysis- at the activation of the European Directive on Temporary Protection (TPD) for the reception of people fleeing the war in Ukraine. Thus, we will try to find certain positive elements in the activation of the aforementioned Directive and reflect on a possible "new model" in which shared responsibility would be fully binding on the MS and, furthermore, in which the distribution of asylum seekers between said MS would take into account the objectively individualized circumstances of the applicants (certain agency of the applicants for their own distribution). Some lessons could make us rethink certain EPMA 2020 proposals.

KEY WORDS

Activation of Directive 2001/55/EC on Temporary Protection; indirect racial discrimination; shared responsibility between MS; applicants agency for their own distribution in the EU; EPMA 2020.

Sumario: 1. Introducción: *Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch*, 2. ¿Está el modelo actual de responsabilidad compartida sobre protección internacional en la UE necesitado de cambio? 3. El modelo aplicado por la UE tras la invasión de Rusia a Ucrania, ¿es un modelo a seguir?, 4. ¿Resulta plausible un cambio de perspectiva en materia de protección internacional en la UE?, 5. Valoración.

A Javier de Lucas, también él, *a man for all seasons*

1. Introducción: *Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch*

Ursula VON DER LEYEN, en el discurso sobre el estado de la Unión pronunciado el pasado 14 de septiembre de 2022, nos sorprendía con las siguientes y esperanzadoras palabras

“Nuestras acciones hacia los refugiados ucranianos no deben ser una excepción. Pueden ser nuestro modelo para el futuro. Necesitamos procedimientos justos y rápidos, un sistema a prueba de crisis (...) y un mecanismo permanente y jurídicamente vinculante que asegure la solidaridad (...). Quiero una Europa que gestione la migración con dignidad y respeto (...).”¹

Este mensaje nos conducía –no sin cierto escepticismo– a preguntarnos si la respuesta de la UE ante las personas que huyen de Ucrania constituye una singularidad puntual o si, por el contrario, podría devenir en un verdadero cambio de modelo de solidaridad hacia quienes acceden a los territorios de los EM de la Unión necesitados de protección internacional.

Para avanzar en la posible respuesta a la anterior pregunta cabría proceder del siguiente modo: Convendría confirmar si el modelo actual de responsabilidad compartida de la UE sobre protección internacional a refugiados y supuestos asimilables está necesitado de cambio (I). Después, habría que analizar si el modelo de respuesta de la UE respecto de los refugiados provocados por la invasión de Rusia a territorio ucraniano es un buen modelo a seguir y por qué (II). Por fin, deberían indagarse, sucintamente, las posibilidades reales de cambiar de perspectiva en el derecho de la UE sobre reparto de la acogida y protección a los refugiados: en concreto, convendría preguntarse si la Directiva sobre Protección temporal (DPT)² y, sobre todo, su aplicación tras la guerra en Ucrania -Decisión de

¹ VON DER LEYEN, U., State of the Union 2022, “A Union that stands strong together.” Strasbourg, 14 September 2022.

² 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 núm. 212, de 7 de agosto de 2001, pp. 12 -23; DOUE-L-2001-81926.

Ejecución del Consejo³ podrían dar paso a un replanteamiento de las viejas estructuras del denominado *sistema de Dublín* vigente⁴ que tantas veces se ha mostrado incapaz de estar a la altura del Estado de derecho, clave de bóveda -este último- del sistema europeo de integración (III).

Quisiera realizar una modesta reflexión a propósito de la cuestión descrita que constituyera mi pequeño homenaje a quien -sin que él sea consciente- considero también, como tantas otras personas, un maestro; y, en concreto, aspiro a hacerlo en línea con su insistente empeño en que se distinga nítidamente entre la tolerancia y la cultura de los derechos.

Así, deseo manifestar que el principio de solidaridad compartida que recoge el artículo 80 del TFUE⁵ no es una tendencia o quimera sino que, para darle debido cumplimiento, hemos de adoptar normativa de la UE jurídicamente vinculante sobre mecanismos concretos y solidarios de responsabilidad, a través de los cuales los EM queden formalmente obligados a compartir el compromiso con respecto al estudio de las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio de la UE y a hacerlo, en todos los casos, en el respeto a los derechos de las personas solicitantes de asilo.

Quienes hemos leído -y, además, ¡en tiempos de pandemia! - “Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch”⁶ junto con “Ve y pon un centinela”⁷ quizá hayamos reparado en el dialogo, triste y transformador, entre Calpurnia -la tan querida niñera negra ahora anciana- y una Scout ya universitaria, unos veinte años después de los días en que se desarrollaba la inolvidable novela “Matar a un ruiseñor”:

“(Scout) Cal, le dijo llorando ¿Por qué me apartas de ti? ¿qué sucede? ¿qué me estás haciendo?

³ 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/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal. DOUE núm. 71, de 4 de marzo de 2022, pp.1-6: DOUE-L-2022-80366.

⁴ Reglamento (UE) No 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del EM responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los EM por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido). DOUE núm. 180, de 29 de junio de 2013, pp. 31-59: DOUE-L-2013-81288. El *sistema de Dublín* se ha mostrado incapaz de responder adecuadamente en muchas ocasiones. Este fue el caso de Italia y Grecia durante la crisis que se inició en 2015, pero podría ser el de otros EM cuyos sistemas de asilo se desbordaran por la llegada de un número desproporcionado de solicitantes de protección. El PEMA 2020 pretende sustituirlo.

⁵ Capítulo II del TFUE. Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración. Artículo 80: “Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero.”

⁶ DE LUCAS, J. *Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch. De las raíces del supremacismo al black lives matter*. Valencia, 2020.

⁷ Lee, N. H. *Ve y pon un centinela*. Madrid, 2015.

- (Cal) ¿Qué nos están haciendo ustedes a nosotros?

- ¿A vosotros?

- Sí, señorita, a nosotros (...)

- Dime una cosa, Cal... -le dijo-, solo una cosa antes de irme, por favor, tengo que saberlo. ¿Nos odiabas?

La anciana seguía sentada en silencio, soportando la carga de sus años, Jean-Louise esperó. Por fin, Calpurnia, negó con la cabeza”.⁸

En los próximos meses, cuando corresponde negociar y adoptar las reformas propuestas en el PEMA 2020⁹, no es mal momento para repensar el sistema de “solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los EM” al que obliga el artículo 80 del TFUE, y proponer que las normas que se aprueben finalmente no interpreten la Europa de los derechos como una Europa meramente de la filantropía, la tolerancia o la caridad.

2. ¿Está el modelo actual de responsabilidad compartida sobre protección internacional en la UE necesitado de cambio?

La crisis de 2015 evidenció su incapacidad. También puso de manifiesto que no existía voluntad política para evitar el caos y la vergüenza en los que la UE se sumió entonces. Los fallos del sistema de distribución responsable y solidaria se han debido, en buena manera, a la desobediencia reincidente de algunos EM a la hora de aplicar el Derecho de la Unión, y a la ausencia de arrojo por parte del resto de EM y de las instituciones para frenar de manera contundente y eficaz las rebeldías. Además, ha habido fallas e inconsistencias del propio *sistema de Dublín* y, en mi opinión, es preciso revisarlo en profundidad.

Pero no sólo el sistema de distribución intra-europeo de solicitantes de asilo ha fallado, también, y quizá como corolario de lo anterior, se han producido violaciones de derechos fundamentales de los migrantes y solicitantes de asilo. Ciertos episodios han sido sangrantes. Hay algún EM condenado por el TEDH y el TJUE en repetidas ocasiones (Hungría). En otros, la situación sobre violaciones graves de los derechos humanos más básicos de las personas migrantes y posibles solicitantes de protección está

⁸ Ídem, p. 159.

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Económico y Social europeo y al Comité de regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, Bruselas, 23 de septiembre de 2020. COM/2020/609 final.

en entredicho: véanse los nuevos informes sobre lo que ocurrió en suelo español el pasado mes de junio de 2022 con personas que habían saltado la valla de Melilla.¹⁰

En el caso de C-808/18, Comisión c. Hungría, de 17 de diciembre de 2020¹¹, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) condenó una vez más a Hungría por haber violado, con la adopción y aplicación de dos leyes de 2015 y 2017 -sobre la “gestión de la inmigración masiva” y el procedimiento en las zonas fronterizas especiales, tanto la Directiva sobre el retorno¹², como la Directiva sobre la acogida¹³ y la Directiva sobre procedimientos.¹⁴ La Comisión ha iniciado un procedimiento en virtud del artículo 260 del TFUE, solicitando la imposición de sanciones financieras a Hungría por incumplimiento de la sentencia de diciembre de 2020.

A pesar de la existencia de muchas otras debilidades del sistema y consiguientes vulneraciones de derechos humanos, el nudo gordiano del bloqueo en la UE respecto de la reforma del sistema común de migración y asilo parece ser la inexistencia de un sistema equilibrado de responsabilidad compartida en el reparto intra-europeo para la distribución de las personas que llegan a la UE solicitando protección internacional. ¿Cabe proponer algo radicalmente diferente al tan nombrado *sistema de Dublín* (en sus - sólo limitadamente- distintas versiones)?

3. El modelo aplicado por la UE tras la invasión de Rusia a Ucrania, ¿es un modelo a seguir?

Pocos días después de la invasión del territorio ucraniano, el Consejo adoptaba la Decisión de Ejecución de 4 de marzo de 2022 y despertaba a la que en alguna ocasión he denominado la “bella

¹⁰ LIGHTHOUSE reports, “Reconstructing the Melilla Massacre”, November 2022 (*inter alia*).

¹¹ STJUE (Gran Sala). Sentencia de 17 de diciembre de 2020. Comisión Europea contra Hungría. Asunto C-808/18. ECLI:EU:C:2020:1029. La Gran Sala ha recordado, entre otras obligaciones, que: el acceso a un procedimiento de asilo debe concederse en todo momento, ya sea en la frontera o dentro del territorio de un país; las zonas de tránsito impermeables (Röske) no son compatibles con las normas de la UE y deben calificarse como internamiento; deben respetarse las garantías procesales y debe ser posible recurrir cualquier decisión negativa y el derecho a permanecer en el territorio debe concederse hasta que la decisión negativa surta efecto o hasta que el recurso haya sido rechazado.

¹² Directiva 2008/115 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. DOUE L 348, 24.12.2008, pp. 98–107.

¹³ Directiva 2013/33 Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. DOUE núm. 180, de 29 de junio de 2013, pp. 96 a 116. DOUE-L-2013-81290.

¹⁴ Directiva 2013/32 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. DOUE núm. 180, de 29 de junio de 2013, pp. 60 a 95: DOUE-L-2013-81289.

durmiente” (la DPT no se había activado en más de 20 años desde su adopción)¹⁵. Solo un año más tarde, el 7 de marzo de 2023, los datos indican que 8,108,448 millones de personas están desplazadas desde Ucrania a Europa y que 4,890,639 de ellas lo están con estatuto de Protección temporal u otros estatutos de protección.¹⁶

Antes de mencionar en qué aspectos la activación de la Directiva es un modelo para el cambio de perspectiva en la UE sobre responsabilidad compartida, quisiera destinar unos párrafos a los dos elefantes en la habitación: (a) ¿Por qué no se activó en ocasiones anteriores? (b) ¿Por qué la activación de la Directiva no se aplica a todas las personas huidas de Ucrania?

(a) En 2015, tras más de un millón de entradas, la Comisión no propuso la activación de dicha Directiva. ¿Por qué? La Directiva no cuantifica el concepto de afluencia o inminencia de afluencia masiva, luego quizá en episodios anteriores no se consideró suficientemente *masiva* la afluencia de personas; algo que choca frontalmente con el colapso que sufrieron algunos EM y, especialmente, los derechos de las personas solicitantes de protección internacional. No obstante, es evidente que la magnitud de los desplazamientos humanos forzosos generados por la invasión armada a Ucrania es incomparablemente superior a la registrada en las ocasiones anteriormente mencionadas. Quedaría, no obstante, por saber si han sido también razones de oportunidad política y de geoestrategia las que han movido a las instituciones y gobiernos a activar en tiempo record una solución idónea a través de la citada DPT.

(b) Tras la activación de la Directiva, ha surgido un relevante debate sobre por qué no todos los huidos de Ucrania -y en necesidad de protección- tienen la misma consideración: muy especialmente, se señala a las personas nacionales de terceros países residentes de larga duración y a las solicitantes de asilo que tenían uno u otro estatuto en Ucrania antes de la invasión.

La DPT (artículo 2 c) contempla a los desplazados desde un país o región de origen cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país, y que puedan

¹⁵ Cabe recordar que, en el PEMA 2020, la Comisión propone la derogación de la Directiva y su sustitución por un Reglamento “abordando situaciones de crisis y fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo”. 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. Bruselas, 23.9.2020. COM (2020) 613 final, 2020/0277 (COD).

¹⁶ UNHCR, Operational Data Portal. “Ukraine refugee situation”, 7 March 2023.

eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1a) de la Convención de Ginebra de 1951 (refugiados) u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional; y, en particular, a las siguientes personas: “i) personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente; ii) personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos.” Desde luego, la Directiva va mucho más lejos que la Convención de Ginebra sobre refugiados de 1951 ya que ésta requiere que el solicitante de la condición de refugiado haya tenido que abandonar el país de “su nacionalidad”, mientras que la DPT se aplica también a nacionales de terceros países siempre que no puedan volver a sus respectivos países en condiciones de seguridad. Además, la Directiva también supera en su ámbito de aplicación personal los supuestos específicos para la protección subsidiaria (así se deduce de la lectura del artículo 2 c) i y ii citados). No obstante, respecto de dicho ámbito de aplicación personal, la Decisión del Consejo de 4 de marzo del 2022 por la que se activa la DPT establece que la Protección temporal se aplica:

- A las personas con nacionalidad ucraniana y sus familias y también a los nacionales de terceros países que se beneficiaban de protección internacional u otra protección equivalente en Ucrania.
- Respecto del resto de personas huidas de territorio ucranio, algunos “deberán” recibir un estatuto nacional similar- (así los nacionales de terceros países con estatuto de residentes de larga duración y los solicitantes de asilo) y otros “podrán” recibir dicho estatuto nacional similar.

Es decir, el Consejo ha establecido que la protección de la UE activada se aplica a los refugiados o personas que tuvieran reconocida similar protección en Ucrania antes de la invasión, pero no cubre a los nacionales de terceros países residentes de larga duración ni a los que fueran en Ucrania solicitantes de asilo antes de la guerra.¹⁷ Varios trabajos académicos han analizado ambas cuestiones y llegan a la conclusión de que la respuesta del Consejo de la UE resulta un botón de muestra de discriminación por origen nacional y posible racismo institucionalizado (o ad hoc) en cuanto a la garantía del asilo y la protección de los derechos humanos en Europa¹⁸. Filippo GRANDI, realizó una declaración -menos de

¹⁷ ARENAS HIDALGO compara a este respecto la Propuesta de Decisión de Ejecución de la Comisión y la que finalmente adopta el Consejo, para mostrar que éste último fue restrictivo respecto de la propuesta prístina de la Comisión. ARENAS HIDALGO, N., “La primera activación de la Directiva 2001/55/CE, entre los límites restrictivos de su ámbito de aplicación personal y las bondades de su modelo de solidaridad interestatal en la acogida de personas desplazadas desde Ucrania”. REEI, núm. 44, diciembre 2022, pp.1-32; véanse, en especial, pp.6-21.

¹⁸ CARRERA, S., INELI-CIGER, M., VOSYLIUTE, L., BRUMAT, L., “The EU grants Temporary Protection for People fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policies”, CEPS Policy Insight, n° 2022-09/March 2022. En similar línea, KOSTAKOPOULOU, D. “Temporary Protection and EU Solidarity: Reflecting on European Racism”, Forum on the EU Temporary

tres semanas después de la activación de la Directiva sobre protección temporal-, precisamente en el Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial, en la que manifestó que: “Aunque me siento honrado por la gran cantidad de apoyo que presenciamos por parte de los países y comunidades de acogida, también somos testigos de la fea realidad de que personas racializadas que huyen de Ucrania (...) no han recibido el mismo trato que los refugiados ucranianos.”¹⁹

Otras fuentes nos daban cuenta de dichos tratos aparentemente discriminatorios; así, la agencia Aljazeera informaba de numerosos incidentes de rechazo a estudiantes africanos en la frontera polaca cuando trataban de huir del país. También han trascendido declaraciones públicas discriminatorias de algún dirigente de la UE.²⁰ La Unión Africana, emitió una declaración, el 28 de febrero de 2022, en la que se hizo eco de los tratos discriminatorios denunciados por los africanos que intentan salir de Ucrania y de las obligaciones del Derecho internacional sobre no discriminación por motivos de identidad racial.²¹ La Relatora especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia emitió una declaración, el 3 de marzo de 2022, expresando su preocupación por el trato recibido por las personas de ascendencia africana y se sumaba a las declaraciones de otros expertos independientes pidiendo a la UE y a sus EM que llevaran a cabo acciones urgentes para asegurar la protección de las personas que tuvieran que hacer frente a la discriminación racial o étnica en su intento de huir de Ucrania.²²

Me he querido detener en un trabajo que razona de manera abiertamente discrepante con las opiniones recogidas *supra*. A. SKORDAS opina que la distinción entre ciudadanos ucranianos y nacionales de terceros países no ucranianos, en el sistema de protección temporal de la UE, no arriesga la vulneración de norma alguna del derecho internacional o europeo. SKORDAS se basa fundamentalmente en el fallo

Protection Responses to the Ukraine War, June 2022; BUENO LACY, R., Van HOUTEN, H., “The Proximity Trap: How Geography is Misused in the Different Treatment of Ukrainian Refugees to Hide for the Underlying Global Apartheid in the European Border Regimen”. Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, June 2022.

¹⁹ ACNUR, “Mensaje del Alto Comisionado con ocasión del Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial”. Declaración de Filippo Grandi, 21 de marzo de 2022.

²⁰ GARCÉS MASCAREÑAS, “Por qué esta crisis de refugiados es distinta”. CIDOB, 708, marzo 2022.

²¹ UNIÓN AFRICANA. Statement of the African Union on the reported ill treatment of Africans trying to leave Ukraine, February 28, 2022.

²² OHCHR, Tendayi Achiume, Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 3 March 2022.

de la CIJ en el caso Qatar vs. Emiratos Árabes Unidos (CIJ, 2021),²³ en el que la CIJ manifiesta que las medidas de restricción o exclusión basadas en la nacionalidad no constituyen discriminación racial directa o indirecta. Aunque la CIJ puntualiza²⁴ que su interpretación sólo afecta a la Convención Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR, 1965) y no a las cláusulas de no discriminación de otros instrumentos; SKORDAS defiende que no hay discriminación racial indirecta en la Decisión del Consejo sobre la activación de la Directiva, ya que la CEDR contiene la definición autorizada de discriminación racial a nivel universal (ratificada por 182 Estados) siendo la CIJ su mejor y último intérprete.²⁵

No estoy en línea con el razonamiento de mi colega. Al respecto, parece oportuno releer la Recomendación General N° XXX del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que considera que: "el trato diferenciado basado en la nacionalidad o el estatus migratorio constituirá discriminación si los criterios para tal diferenciación, juzgada a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no lo son en virtud de un objetivo legítimo y proporcional a la consecución de este objetivo."²⁶ Y con respecto al citado fallo de la CIJ en Qatar vs. Emiratos Árabes Unidos, en primer lugar, hay que analizar detenidamente sus excursos y razonamientos y, en mi opinión, en particular, alguna de las opiniones separadas al fallo. El Derecho internacional de los derechos humanos es una parte del Derecho internacional, sin duda, pero tiene sus propias particularidades inherentes a su naturaleza jurídica. Así, cabe fijar nuestra atención en la opinión separada del magistrado IWASAWA, en la que señala que los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado y perfilado la noción de discriminación indirecta del siguiente modo:

“Si una regla, medida o política aparentemente neutra tiene un impacto perjudicial desproporcionado e injustificable en un determinado grupo protegido; ello constituye discriminación, sin perjuicio de que no esté específicamente dirigida a ese grupo. El análisis del

²³ Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021, p. 71.

²⁴ Ídem, párr. 104: “It is for the Court, in the present case, to determine the scope of CERD, which exclusively concerns the prohibition of racial discrimination on the basis of race, colour, descent, or national or ethnic origin. The Court notes that the regional human rights instruments on which the jurisprudence of the regional courts is based concern respect for human rights without distinction of any kind among their beneficiaries. (...)”.

²⁵ SKORDAS, “A. Temporary Protection and European Racism”. Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, June 2022: <https://www.asileproject.eu/temporary-protection-and-european-racism/> (visitado el 7 de marzo de 2023).

²⁶ Recomendación General N° 30 [ex Recomendación general N° XXX] del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. 65° período de sesiones (2005) sobre la discriminación contra los no ciudadanos, véase párr. 4.

impacto desproporcionado requiere una comparación entre diferentes grupos. Debe tenerse en cuenta el contexto y las circunstancias en que se introdujo la diferenciación." ²⁷

¿El texto del Consejo en la Decisión de ejecución, en particular su diferenciación entre nacionales ucranianos y no nacionales, cumple con esos requisitos?

Por otra parte, y en lo que a la UE se refiere, una hipotética controversia el respecto (sobre discriminación directa o indirecta) se encontraría con no pocas dificultades. En los asuntos acumulados C-643/15 y C-647/15, República Eslovaca y Hungría (apoyados por Polonia) c. Consejo de la UE, de septiembre de 2017²⁸, los gobiernos citados impugnaron la legalidad de la Decisión de reubicación de 2015 (de solicitantes de asilo desde Italia y Grecia hacia otros EM), y entre otras muchas alegaciones, incluyeron que las cuotas de reubicación tendrían “efectos desproporcionados” para ellos que se definían como Estados “étnicamente homogéneos” y con poblaciones diferentes -desde un punto de vista cultural y lingüístico- a los solicitantes de asilo que debían ser reubicados en sus territorios”²⁹. En este caso, la pretendida alegación entraría más en una discriminación directa que indirecta, sin embargo, cabe recordar que el TJUE rechazó con contundencia un tal argumento principalmente porque: “(...) las consideraciones relativas al origen étnico de los solicitantes de la protección internacional no pueden tenerse en cuenta, ya que son claramente contrarias al Derecho de la Unión y, en particular, al artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.” ³⁰

Mas, volviendo a la pregunta de nuestro enunciado y a pesar de lo anteriormente manifestado: ¿Hay o no hay un modelo a seguir en la respuesta sobre responsabilidad compartida a los refugiados de Ucrania? En mi opinión, es indiscutible que varios aspectos de la activación de la Directiva son ejemplarizantes y podrían dar lugar a un cambio de perspectiva. El momento es idóneo para la reflexión cuando aún se negocian y perfilan las modificaciones que propone el PEMA de 2020.

En primer lugar, hay que aplaudir vivamente la activación de la Directiva. Cualquier crítica a su no activación en otros supuestos o las restricciones en su ámbito de aplicación personal no son óbice para

²⁷ Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021, p. 71. Separate opinion of judge IWASAWA. Véase párr. 51.

²⁸ STJUE (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2017. República Eslovaca y Hungría contra Consejo de la Unión Europea. Asuntos acumulados C-643/15 y C-647/15. ECLI:EU: C: 2017:631.

²⁹ Así, la República de Polonia, a partir del décimo motivo de Hungría. STJUE (Gran Sala) cit., párr. 302.

³⁰ STJUE (Gran Sala) cit., párr. 305.

dicho aplauso. Además, sin género de duda, los acuerdos adicionales entre los EM para la no aplicación del artículo 11 de la DPT, con el fin de permitir que las personas circulen libremente dentro de la UE (Preámbulo de la Decisión del Consejo), sorprenden muy positivamente; no solo porque no se hayan tenido que asignar cuotas entre los EM, sino principalmente porque se haya respetado la capacidad de agencia de las personas amparadas por la Protección temporal.

El modelo de permitir la libertad de agencia de las personas para elegir el EM en el que establecerse podría dejarnos su propio sello. Cuantos hemos seguido las propuestas y contrapropuestas al *sistema de Dublín* (el PEMA anuncia su defunción, pero las cuestiones más criticadas permanecen en el instrumento que lo quiere sustituir) no hemos dejado de cuestionarnos el porqué de la no libertad de agencia a los solicitantes de protección (aunque tuviera que ser modulada, pero no del todo evitada) a la hora de decidir sobre el EM de destino.

Por otra parte, la relativa libre circulación, debida a la liberalización de visado de corta duración que tienen en la UE los nacionales de Ucrania y sus familias desde 2017, ha ayudado en el proceso de acogimiento, aligerando mucho el coste de la acogida a los EM, porque muchas personas huidas de Ucrania se han podido establecer por su propia cuenta a través de la diáspora de ucranianos en la UE.³¹ Así, merece reflexión la ventaja de aumentar el número de Estados de la comunidad internacional que son liberados de la obligación de obtener visados de corta duración para acceder a la UE.

5. ¿Es plausible un cambio de perspectiva en materia de protección internacional en la UE?

El 25 de noviembre de 2022 se celebraba un Consejo extraordinario de asuntos internos bajo la presidencia checa donde el asunto principal parecía ser el aumento de entradas irregulares durante 2022, alrededor de 275.000 entradas irregulares que suponían el 73% más que los 10 meses correspondientes de 2021, la cifra más alta desde 2016. Las cuestiones de los repartos tras los desembarcos y los temidos movimientos secundarios alertaban a los gobiernos y a las instituciones. En realidad, la alarma contrasta con que hayamos sido capaces, de momento, de recibir millones de personas provenientes de la guerra en Ucrania y con libertad para ubicarse libremente.

En cuanto al PEMA 2020, a través de su Propuesta de un Reglamento de Gestión³² propone continuar con mecanismos *voluntarios de solidaridad compartida*³³, salvo en tres supuestos especiales: 1) desembarcos numerosos por salvamento y rescate; 2) presión migratoria y 3) “crisis”.³⁴ Así, para estos supuestos, se propone un Reglamento en particular que se ha denominado “de crisis” que recoge el siguiente mecanismo de solidaridad vinculante *in extremis* que sustituye también a la DPT. Dicho mecanismo lo iniciaría la Comisión y la cuantificación de la afluencia a gran escala se establecería en conexión con el número que personas que llegan y el PIB y población de los EM afectados. En todo caso, el procedimiento no será automático, aunque sí ágil. La Comisión evaluará la crisis y comunicará su propuesta al Parlamento y Consejo en el plazo de una semana; los EM presentarán sus planes solidarios y en otra semana más la Comisión adoptará el acto de ejecución evaluando si las respuestas solidarias cubren o no las necesidades; tras dicha evaluación y, si fuera necesario, se harían cuotas obligatorias ponderando al 50% la población y PIB de los EM afectados.³⁵

La pregunta de quien esto escribe es: ¿Podría reintroducirse alguna oportunidad para el derecho de agencia (modulado) de las personas que deben reubicarse? ¿Cabría un planteamiento, tras evaluar las ventajas, que incluyera algo del modelo con Ucrania? Hasta ahora, las distintas sugerencias académicas en este sentido no han sido atendidas.

6. Valoración

Entre los mecanismos correctores que podrían plantearse al *sistema de Dublín* hay uno, que apunta el discurso de VON DER LEYEN citado, y que parece un corolario del artículo 80 del TFUE: “adoptar un mecanismo permanente y jurídicamente vinculante que asegure la solidaridad.” Además, aprecio algunos elementos en el modelo aplicado a los desplazados desde Ucrania que sin duda han de invitar a reflexión. Por ejemplo: mientras que las medidas que tratan de impedir los llamados movimientos secundarios de los solicitantes de asilo han sido una constante en el *sistema de Dublín*, y lo siguen

³² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) XXX/XXX [Fondo de Asilo y Migración] Bruselas, 23.9.2020. COM (2020) 610 final, 2020/0279(COD).

³³ El énfasis no está en el documento original.

³⁴ Véase nota 15 *supra*.

³⁵ ARENAS HIDALGO, N., “La primera activación de la Directiva 2001/55/CE, entre los límites restrictivos de su ámbito de aplicación personal y las bondades de su modelo de solidaridad interestatal en la acogida de personas desplazadas desde Ucrania”. Cit. pp.27-30.

siendo en la Propuesta de Reglamento de Gestión que propone el PEMA, no aparecen –por contraste– en el modelo aplicado a quienes huyen de Ucrania. Considero que la Protección temporal a personas huidas de Ucrania puede probar que un nuevo modelo en el que se dé cierta capacidad de auto-reubicación (aunque sea con límites) es plausible; sobre todo, si a través de investigación podemos probar que la libertad de agencia beneficia a todos (a los Estados miembros, a la UE y, especialmente, a las personas). Creo que podrían replantearse propuestas desatendidas en esta línea para el futuro Reglamento de Gestión y para el futuro Reglamento de Crisis (PEMA, 2020).

Me produce cierta esperanza que algunos aspectos de la Protección temporal a personas huidas de Ucrania puedan hacer que ceda la obsesión de gobiernos e instituciones por los llamados “movimientos secundarios” de las personas solicitantes de asilo. Creo que dichos movimientos secundarios están alentados por la aplicación de un sistema de distribución que apenas tiene en cuenta las circunstancias objetivas y razonables que hacen a las personas buscar el lugar donde asentarse en caso de recibir la protección internacional.

En cuanto a la protección temporal restringida o diferenciada para importantes grupos de nacionales de terceros Estados y, muy especialmente, en cuanto al debate sobre posible discriminación racial; me gustaría subrayar lo siguiente: sin desdoro de la CIJ, cabe recordar que el Derecho internacional de los derechos humanos no es sólo un derecho interestatal sino que, como parte del Derecho internacional público contemporáneo que hace tiempo se edificó sobre nuevos principios estructurales, rebasa las relaciones entre Estados soberanos, trascienden al wesfalianismo (sin anularlo, por supuesto) e intenta fortificar los grandes intereses comunes de la humanidad a través de la protección eficaz de los derechos de todas las personas. Ello no impide que existan distinciones entre nacionales y no nacionales de manera justificada y proporcionada, pero cualquier forma directa o indirecta de discriminación y (apariencia de) racismo hacia los solicitantes de asilo y refugiados no europeos, es contraria al Estado de derecho y a los principios consagrados en el artículo 2 del TUE.

El más relevante y revolucionario de los principios estructurales del Derecho internacional público contemporáneo no es la autodeterminación de los pueblos del dominio colonial o extranjero, que también, ni siquiera el principio de no agresión; en mi concepto, el más revolucionario y nuevo es el que defiende, a través de mecanismos procesales adecuados, la dignidad e igualdad intrínseca de toda persona humana, de modo que también el Derecho de los refugiados ha sufrido una evolución desde

sus inicios y, desde luego, en la región europea, el derecho al asilo ya no es una potestad estatal sino un derecho individual a solicitarlo y también a obtenerlo (cumpliendo ciertos requisitos). Yo, como Ursula Von Der Leyen, también quiero una Europa que gestione la migración (y el asilo) con dignidad.