

LA ACTIVACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE PROTECCIÓN TEMPORAL PARA LAS PERSONAS DESPLAZADAS DE UCRANIA COMO CONSECUENCIA DE LA GUERRA

THE ACTIVATION OF THE TEMPORARY PROTECTION DIRECTIVE FOR PEOPLE DISPLACED FROM UKRAINE AS A CONSEQUENCE OF THE WAR

GEORGIOS MILIOS*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN VIRTUD DE LA DECISIÓN DEL CONSEJO DE LA UE 2022/382. III. EL MARCO JURÍDICO DE LA DIRECTIVA SOBRE PROTECCIÓN TEMPORAL. IV. EL RÉGIMEN DE LOS FAMILIARES. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El 4 de marzo de 2022 la UE activó por primera vez la directiva sobre protección temporal para ofrecer protección a las personas desplazadas de Ucrania como consecuencia de la guerra. En términos generales, la activación de la directiva fue acogida de forma positiva por los expertos en el ámbito del asilo principalmente por la inmediatez de la protección que ofrece. Este texto analiza las principales características del régimen de protección temporal, centrándose en los beneficiarios, los derechos que garantiza y el marco jurídico aplicable. Asimismo, se hace especial referencia a la forma en que se definen los familiares de los beneficiarios de protección temporal y a las normas aplicables para la reagrupación de familias separadas durante el proceso de concesión de la protección temporal. Se argumenta que la reacción de la UE en cuanto a la activación de la protección temporal fue inmediata y el medio elegido para dar respuesta a este desplazamiento masivo de personas fue el adecuado. Sin embargo, la implementación presenta algunos problemas que se relacionan principalmente con la exclusión de determinadas categorías de extranjeros de la protección, pero también con el marco jurídico aplicable a los familiares.

ABSTRACT: On March 4, 2022, the EU activated for the first time the temporary protection directive to offer protection to people displaced from Ukraine as a result of the war. In general terms, the activation of the directive was received positively by experts in the field of asylum, mainly due to the immediate protection that offers. This text analyses the main characteristics of the temporary protection regime, focusing on the beneficiaries, the rights it guarantees and the applicable legal framework. Likewise, special reference is made to the way in which the family members of the beneficiaries of temporary protection are defined and to the applicable rules for the reunification of separated families during the process of granting temporary protection. It is argued that the reaction of the EU regarding the activation of temporary protection was immediate, and the means chosen to respond to this massive displacement of people adequate. However, the implementation presents some problems that are mainly related to the exclusion of

Fecha de recepción del trabajo: 3 de octubre de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 18 de noviembre de 2022.

* Profesor Lector Serra Hünter de Derecho Constitucional, Universitat de Barcelona (gmilios@ub.edu).

certain categories of migrants from the protection, but also to the legal framework applicable to family members.

PALABRAS CLAVE: guerra en Ucrania, directiva sobre protección temporal, asilo, reacción de la UE, reagrupación familiar.

KEYWORDS: *war in Ukraine, temporary protection directive, asylum, reaction of the UE, family reunification.*

I. INTRODUCCIÓN

La invasión militar de las fuerzas armadas rusas en Ucrania comenzó el 24 de febrero de 2022 y provocó el desplazamiento de millones de personas de diferentes orígenes que buscaron y siguen buscando protección en varios países europeos. Según las últimas estadísticas, el número de refugiados de Ucrania registrados en territorio europeo supera los 7 millones, mientras que aproximadamente 4 millones ya han formalizado una solicitud de protección en algún país europeo¹. Un número importante de personas desplazadas se encuentran en los estados vecinos de Ucrania como Polonia, mientras que algunos otros han optado por trasladarse hacia Rusia². Cabe mencionar que estas cifras se refieren a personas desplazadas fuera del territorio ucraniano y que el número de desplazados internos es también destacable. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que los refugiados de Ucrania no se quedaron en campos durante su primera acogida, como ocurrió principalmente en la denominada crisis de refugiados de 2015, sino que fueron acogidos por familiares, amigos u otros ciudadanos.

En respuesta a este importante número de personas desplazadas, la UE activó por primera vez la directiva sobre protección temporal³ para ofrecer protección a estas personas en el territorio de los Estados miembros de manera armonizada. Es importante resaltar que, en esta ocasión, la reacción de la UE fue inmediata ya que la directiva fue activada por decisión unánime del Consejo de la UE el 4 de marzo de 2022⁴, unos días después del

¹ Véase, cifras publicadas por Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUR): <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>.

² *Ibid.*

³ 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 (DOUE L 212, de 7 de agosto de 2001, pp. 12-23). En el caso de España, la directiva fue incorporada al ordenamiento jurídico por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2003).

⁴ 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 L 71, de 4 de marzo de 2022, pp. 1-6). Cabe recordar la Corrección de errores de la 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

inicio de la guerra en Ucrania. En términos generales, la activación de la directiva fue acogida de forma positiva por los expertos en el ámbito de asilo principalmente por la inmediatez de la protección que ofrece, mientras que el marco jurídico de la propia directiva se consideró capaz de garantizar al menos unos derechos básicos a los beneficiarios de la protección⁵.

Este texto analizará las principales características del régimen de protección temporal tal como se define en la decisión del Consejo y la directiva sobre protección temporal, centrándose en los beneficiarios, los derechos que garantiza y el marco jurídico aplicable. Asimismo, se hará especial referencia a la forma en que se definen los familiares de los beneficiarios de protección temporal y a las normas aplicables para la reagrupación de familias separadas durante el proceso de concesión de la protección temporal. En paralelo, se examinarán las directrices de la Comisión Europea para la ejecución de la decisión del Consejo, en particular en lo que se refiere a cuestiones más técnicas como, por ejemplo, las relativas a las pruebas de la existencia de los vínculos familiares. Se argumenta que la reacción de la UE en cuanto a la activación de la protección temporal fue inmediata y el medio elegido para dar respuesta a este desplazamiento masivo de personas fue el adecuado. Sin embargo, la implementación presenta algunos problemas que se relacionan principalmente con la exclusión de determinadas categorías de extranjeros de la protección, pero también con el marco jurídico aplicable a los familiares.

II. LOS BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN VIRTUD DE LA DECISIÓN DEL CONSEJO DE LA UE 2022/382

Según el procedimiento de activación de la protección temporal previsto en la propia directiva, la Comisión Europea es el órgano competente para proponer los beneficiarios de la protección, mientras que la decisión final corresponde al Consejo de la UE, que tiene que decidir por mayoría cualificada⁶. Con la Decisión del Consejo 2022/382, se activó la directiva de Protección Temporal para: a) nacionales ucranianos que residieran en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022; b) apátridas y nacionales de terceros países distintos de Ucrania que gozaran de protección internacional o de una protección nacional equivalente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022, y c) sus familiares.

La Decisión (o, de manera alternativa, otra protección adecuada en virtud de la legislación nacional) también debe aplicarse a los inmigrantes con autorización de residencia permanente que residían en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022, y puede aplicarse,

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 L 79, de 9 de marzo de 2022, p. 40).

⁵ CARRERA, S., INELI-CIGER, M., VOSYLIUTE, L. y BRUMAT, L., The EU grants temporary protection for people fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policy, CEPS Policy Insights, 2022.

⁶ Artículo 5 de la directiva sobre protección temporal. Para más información sobre el procedimiento de activación de la directiva véase, ARENAS HIDALGO, N., El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, 2005, pp. 198 ss.

opcionalmente, a otros extranjeros que residían regularmente en Ucrania antes de la fecha mencionada. En estos casos, la decisión establece que los beneficiarios no deben poder regresar en condiciones seguras y duraderas a su país o región de origen, mientras que sus familiares no estén cubiertos por el alcance de la decisión. Cabe señalar que todo lo anterior no afecta el hecho de que los familiares de ucranianos o extranjeros puedan beneficiarse de otra normativa de la UE, como la directiva sobre reagrupación familiar⁷ o la directiva sobre libre circulación⁸, en caso de que sean familiares de nacionales de terceros países o ciudadanos comunitarios que ya residían en la UE.

Así pues, la protección temporal no está destinada a todas las personas desplazadas de Ucrania, sino que afecta solamente a los ciudadanos ucranianos y beneficiarios de protección internacional o equivalente en Ucrania, así como a sus familiares. La aplicación de la Directiva es opcional para los inmigrantes permanentes que residían en Ucrania, ya que en su caso los estados miembros pueden decidir ofrecerles otro tipo de protección, mientras que es totalmente opcional para otros inmigrantes en situación regular que no cumplieran el requisito de residencia permanente en el territorio ucraniano. En la práctica, esto equivale a una activación totalmente discrecional de la directiva ya que personas como, por ejemplo, estudiantes extranjeros o inmigrantes de origen africano, asiático o de cualquier otro origen que hayan residido durante un período de tiempo particularmente largo en Ucrania están exentos de la protección temporal. Como se ha mencionado anteriormente, la concesión de protección a estas personas se deja a la discreción de cada Estado miembro mientras que, como condición adicional, se prevé que los beneficiarios no puedan regresar en condiciones seguras y duraderas a su país de origen. Este hecho constituye uno de los problemas más importantes de la activación de la directiva y, de hecho, se puede traducir en una exclusión de la protección de las personas de cultura diferente⁹. El argumento de que los inmigrantes podrán buscar protección en su país de origen no es convincente, ya que no tiene en cuenta las perspectivas realistas de regresar en medio de la guerra a países que pueden estar geográficamente muy lejos de Ucrania.

A pesar de todo lo anterior, cabe resaltar que al menos en el caso de España, se ha decidido ampliar el ámbito de aplicación de la Decisión del Consejo para cubrir también a: 1) nacionales ucranianos que se encontrasen en situación de estancia en España antes del 24 de febrero de 2022 que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania, 2) nacionales de terceros países o apátridas que residieran legalmente en Ucrania sobre la base de un permiso de residencia legal válido (sea permanente u otro tipo como estudiantes) expedido de conformidad con el derecho ucraniano y no pueden regresar a

⁷ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE L 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12-18).

⁸ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) no 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DOUE L 229, de 29 de junio de 2004, pp. 35-48).

⁹ En relación con este argumento véase, también, CARRERA, S., INELI-CIGER, M., VOSYLIUTE, L. y BRUMAT, L., *The EU grants temporary protection for people fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policy*, *op. cit.* pp. 7-8.

su país o región, 3) nacionales de Ucrania que se encontraban en situación irregular en España antes del 24 de febrero y que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania y 4) miembros de la familia de las personas a que se refieren los apartados 1 y 2¹⁰. Esta ampliación de la activación de la directiva es sin duda bienvenida, aunque también es cierto que se ha mantenido el requisito que los inmigrantes en situación regular podrán acceder a la protección solamente si no pueden regresar a su país o región.

III. EL MARCO JURÍDICO DE LA DIRECTIVA SOBRE PROTECCIÓN TEMPORAL

1. El marco jurídico aplicable y los derechos concedidos a los beneficiarios

La directiva sobre protección temporal fue adoptada por el Consejo de la UE en 2001 poco después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, según el cual la UE adquirió competencia para legislar en cuestiones relacionadas con la inmigración y la protección internacional. La directiva fue aprobada tras las entonces recientes guerras en los Balcanes y, especialmente, en Kosovo y no se activó nunca desde su aprobación hasta febrero de 2022, a pesar de las apelaciones por parte de los expertos en la materia para su activación en ocasiones como la denominada "primavera árabe" o la crisis en Siria, que también provocó el desplazamiento de un gran número de personas¹¹.

En líneas generales, la directiva prevé la posibilidad de ofrecer protección temporal en caso de una afluencia masiva de personas desplazadas de terceros países que no puedan regresar a su país de origen. La "afluencia masiva" se define como la llegada de un número importante de personas desplazadas, independientemente de si su llegada era espontánea o con ayuda, por ejemplo, a través de un programa de evacuación. A pesar de que la directiva define explícitamente el concepto de "afluencia masiva", la referencia a un *número importante* de personas desplazadas sigue siendo imprecisa. Se ha argumentado que la directiva puede activarse cuando el sistema nacional de asilo de uno o más Estados miembros está sobrecargado hasta tal punto de no poder hacer frente a la llegada de un gran número de personas desplazadas¹². Cabe aclarar que, según la directiva, los beneficiarios deben proceder de un determinado país o zona geográfica, lo que excluye la aplicación de la directiva en el caso de flujos con origen en distintas zonas geográficas. Precisamente esta fue una de las razones por las que parte de los actores involucrados argumentaron que la directiva no podría haberse activado en el caso de la

¹⁰ Véase 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 otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2022). Para cuestiones procedimentales véase también Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2022).

¹¹ INELI, M., "Time to Activate the Temporary Protection Directive. Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe", *European Journal of Migration and Law*, núm. 18, 2016, pp. 1-33.

¹² *Ibid.* p. 15.

crisis de refugiados de 2015, opinión que, sin embargo, se enfrentó con serios contraargumentos¹³.

Siempre que se establezca la existencia de una afluencia masiva, la directiva prevé una protección inmediata mediante la concesión de permisos de residencia que, no obstante, tienen una duración limitada. En concreto, la directiva establece que la duración de la protección temporal será de un año y puede prorrogarse automáticamente por periodos de seis meses durante un plazo máximo de un año. En caso de que persistan los motivos para la protección temporal, el Consejo podrá decidir por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, prorrogar dicha protección temporal durante un año como máximo¹⁴.

Además, la directiva reconoce a los beneficiarios determinados derechos sin dar, en general, la posibilidad a los Estados miembros de limitarlos. Según el artículo 12 de la directiva los Estados miembros deben conceder a los beneficiarios de la protección temporal el derecho a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, con arreglo a las normas aplicables a cada profesión, y a participar en actividades tales como la educación para adultos, la formación profesional y la formación práctica. Cabe señalar que el ejercicio del derecho al trabajo debe ser inmediato, lo que difiere significativamente del procedimiento de asilo, según el cual los Estados miembros tienen la posibilidad de no reconocer este derecho a los solicitantes de protección internacional durante un período inicial de hasta nueve meses¹⁵. A pesar de la inmediatez del ejercicio del derecho al trabajo, cabe señalar que la misma disposición del artículo 12 permite a los Estados miembros dar prioridad a los ciudadanos comunitarios, así como a los residentes legales con nacionalidad de terceros países que reciban subsidios de desempleo. En todo caso, los Estados miembros deberán aplicar su derecho general en materia de remuneración, acceso a los sistemas de seguridad social correspondientes a las actividades por cuenta propia o ajena y otras condiciones de trabajo.

Además, los Estados miembros tienen que garantizar que los beneficiarios de la protección temporal tengan acceso a un alojamiento adecuado o reciban, en su caso, los medios para obtenerlo y la asistencia necesaria en materia de ayuda social y alimentación cuando no dispongan de recursos suficientes, así como atención médica¹⁶. Según el artículo 14 de la directiva, los Estados miembros tienen que autorizar a los menores de 18 años beneficiarios de la protección temporal a acceder al sistema de educación en las mismas condiciones que sus nacionales, mientras que facultativamente pueden autorizar el acceso de los adultos beneficiarios de protección temporal al sistema general de

¹³ *Ibid.* pp. 16-20.

¹⁴ Artículo 4 de la directiva sobre protección temporal.

¹⁵ Véase, artículo 15 de la 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 (texto refundido) (DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 96-116) según el cual: "Los Estados miembros velarán por que los solicitantes tengan acceso al mercado laboral a más tardar a los nueve meses desde la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional, cuando las autoridades competentes no hayan adoptado una resolución en primera instancia y la demora no pueda atribuirse al solicitante".

¹⁶ Artículo 13 de la directiva sobre protección temporal.

educación. Finalmente, la directiva establece el derecho a la reagrupación familiar¹⁷, que será analizado en detalle a continuación.

2. La comparación del marco jurídico de la directiva sobre protección temporal con el procedimiento de asilo

Intentando una comparación entre el marco jurídico sobre la protección temporal y el procedimiento habitual de asilo, diríamos que la protección temporal ofrece varias ventajas y un sistema de protección más flexible y armonizado. En primer lugar, la valoración sobre si debe concederse la protección temporal es colectiva y no individual como ocurre con la concesión del asilo. Este hecho tiene como consecuencia que la protección temporal puede abarcar a un mayor número de personas que podrían haberse visto privadas del derecho a la protección en caso de que la valoración fuera individual¹⁸. Más concretamente, en los casos de asilo los solicitantes deben demostrar de manera concreta que existe una conexión directa entre un motivo de persecución protegido y el propio caso individual. Esto tiene como consecuencia que no todas las personas desplazadas de una zona de guerra puedan acceder a la protección internacional, mientras que la posibilidad de un desplazamiento interno del solicitante a zonas seguras del propio país de origen puede tener como consecuencia la denegación de su solicitud. Por el contrario, en el caso de la protección temporal, la decisión de otorgar la protección se refiere a un grupo de personas desplazadas que no están obligadas a demostrar la existencia de la persecución de forma individual.

En segundo lugar, la protección temporal presenta ventajas relacionadas con la inmediatez de su concesión. Como ya se ha mencionado, la protección temporal supone procedimientos más acelerados en comparación con el asilo ya que se evitan las entrevistas personales para demostrar la necesidad de protección. Tanto a nivel normativo como en la práctica, el procedimiento de asilo puede durar varios meses, en algunos casos incluso años. La propia normativa de la UE prevé un plazo máximo para el examen de la solicitud de protección internacional de seis meses y, en circunstancias especiales, de nueve meses¹⁹, si bien se sabe que en la práctica en muchos Estados miembros este plazo es considerablemente mayor. Durante este período, los solicitantes de protección internacional a menudo se ven privados de algunos de los derechos más básicos, como el derecho a la vida familiar o el derecho al trabajo. Aquí, cabe mencionar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) condenó a Grecia por vulnerar el derecho a la vida privada de un solicitante de protección internacional cuya solicitud estuvo pendiente durante 12 años²⁰. Al mismo tiempo, la activación del régimen de protección temporal es

¹⁷ Artículo 15 de la directiva sobre protección temporal.

¹⁸ En relación con este tema véase, también, INELI, M., "Time to Activate the Temporary Protection Directive. Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe", *op. cit.* pp. 21-25.

¹⁹ Artículo 31 de la 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 (versión refundida) (DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 60-95).

²⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *B.A.C. c. Grecia*, de 13 de octubre de 2016, núm. de demanda 11981/15.

beneficiosa para los propios Estados miembros, ya que las solicitudes no suponen una carga adicional para sus, a menudo sobrecargados, sistemas nacionales de asilo.

En tercer lugar, la activación del régimen de protección temporal para las personas desplazadas de Ucrania contribuye de forma positiva en el debate sobre problemas permanentes del derecho europeo de asilo que se refieren a la distribución de los solicitantes de protección internacional y la aplicación del principio de solidaridad entre los Estados miembros. El hecho de que los ucranianos estén exentos de la obligación de tener visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros²¹ en combinación con la decisión del Consejo²² de no aplicar el artículo 11 de la directiva sobre protección temporal²³ tiene como consecuencia que no se apliquen las controvertidas reglas del Reglamento de Dublín²⁴ que estipula que el Estado miembro de primera entrada en la UE será el único responsable de examinar una solicitud de protección internacional. De esta manera, se crea un sistema más flexible según el cual los solicitantes de la protección temporal tienen la posibilidad de elegir libremente el Estado miembro en el que desean obtener protección. Se recuerda que el Reglamento de Dublín ha sido criticado por gran parte de la doctrina académica por generar una distribución desigual de las solicitudes de protección internacional entre los Estados miembros²⁵. En cualquier caso, el hecho de que los solicitantes de protección temporal puedan elegir el país en el que desean solicitar la protección, teniendo en cuenta criterios lingüísticos, sociales, culturales o de cualquier otra índole, contribuirá sin duda en su mejor integración social.

Por otro lado, no debemos pasar por alto que la duración de la protección temporal es mucho más corta que la prevista para el estatuto de refugiado. En este sentido, puede que en algunos aspectos la protección temporal presente ventajas frente a los procedimientos de solicitud de protección internacional, pero lo cierto es que se trata de un estatuto más precario, si se compara con el del refugiado reconocido por la Convención de Ginebra y

²¹ Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOUE L 81, de 21 de marzo de 2001, pp. 1-7).

²² Véase Considerando 15 de la Decisión 2022/382 del Consejo.

²³ El artículo 11 de la directiva sobre protección temporal establece que: "Los Estados miembros volverán a acoger a un beneficiario de la protección temporal en su territorio cuando dicho beneficiario permanezca o pretenda entrar sin autorización en el territorio de otro Estado miembro durante el período cubierto por la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5. Los Estados miembros, a tenor de un acuerdo bilateral, podrán decidir que no se aplique el presente artículo".

²⁴ Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (versión refundida) (DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 31-59).

²⁵ MOUZOURAKIS, M., We Need to Talk about Dublin. Responsibility under the Dublin System as a Blockage to Asylum Burden-sharing in the European Union, Working Paper Series núm. 105, Refugee Studies Center, 2014; MAIANI, F., "The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?", en CHETAIL, V., DE BRUYCKER, P. y MAIANI, F. (eds.), *Reforming the Common European Asylum System*, Brill Nijhoff, Boston, 2016.

por el derecho de la UE. Se recuerda que, de acuerdo con la directiva 2011/95²⁶, el permiso de residencia que se otorga a una persona refugiada debe tener una validez de al menos tres años y poder ser renovado. Asimismo, los años de residencia en un Estado miembro con el estatuto de refugiado se tienen en cuenta para la obtención del estatuto de residente de larga duración, mientras que ello no sucede en la protección temporal²⁷. Frente al acceso a la nacionalidad, a nivel de la regulación interna de cada Estado no existe una garantía que los años de residencia vividos bajo el estatuto temporal tengan el mismo valor que el de refugiado. Todas estas limitaciones, no conllevan en todo caso un impedimento insuperable porque el propio artículo 17 de la directiva sobre protección temporal estipula que las personas que disfrutaban de protección temporal podrán presentar una solicitud de asilo en cualquier momento. Es decir, acudir al régimen temporal para una protección en un primer momento y, posteriormente, acogerse al estatuto de refugiado que comporta un mayor reconocimiento de derechos.

IV. EL RÉGIMEN DE LOS FAMILIARES

1. Observaciones generales

Aunque la decisión del Consejo también activa la protección temporal para los familiares de ucranianos o refugiados que residían en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022, la referencia al derecho a la reagrupación familiar en virtud de la directiva sobre protección temporal sigue siendo relevante, en particular con respecto a los familiares de nacionales de terceros países que residían en Ucrania y, de acuerdo con la decisión del Consejo, no pueden calificar para la protección individualmente. De hecho, aunque la decisión no incluye a estos familiares en su ámbito de aplicación, los Estados miembros deberían considerar otorgarles protección teniendo en cuenta que la directiva garantiza el derecho a la reagrupación familiar a todos los beneficiarios de protección temporal sin discriminación alguna basada en su estatuto administrativo.

Dada la ausencia de jurisprudencia sobre la directiva sobre protección temporal, la referencia a la reagrupación familiar de los inmigrantes o refugiados en virtud de la normativa de la UE se considera necesaria para poder comprender de mejor manera el alcance de la reagrupación familiar en el marco de la directiva sobre protección temporal. Cabe resaltar que este apartado abordará el tema también desde la perspectiva de derechos humanos explicando brevemente los principales criterios que aplica el TEDH en casos de reagrupación familiar.

²⁶ Véase, artículo 24 de la 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 (refundición) (DOUE L 337, de 20 de diciembre de 2011, pp. 9-26).

²⁷ Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2011 por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 132, de 19 de mayo de 2011, pp. 1-4).

2. La definición de "familia"

La decisión del Consejo y la directiva sobre protección temporal definen el concepto de familia exactamente de la misma manera. Las disposiciones relativas a los familiares de beneficiarios de protección temporal son el artículo 2.4 de la decisión y el artículo 15 de la directiva. De acuerdo con estas disposiciones, el término "familia" se refiere a las siguientes personas: a) el cónyuge del beneficiario o su pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, si la legislación o la práctica del Estado miembro de que se trate otorga a las parejas de hecho un trato comparable al de las parejas casadas en virtud del Derecho nacional en materia de extranjería; b) los hijos menores del beneficiario, o de su cónyuge, sin distinción en cuanto a si nacieron dentro o fuera del matrimonio o fueran adoptados; c) otros parientes cercanos que vivieran juntos como parte de la unidad familiar en el momento de las circunstancias relacionadas con la afluencia masiva de personas desplazadas y que dependieran total o principalmente del beneficiario en aquel momento. Todo ello, siempre que la familia ya estuviera presente y residiendo en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022.

En relación con las relaciones familiares incluidas en el ámbito de aplicación de la decisión y la directiva sobre protección temporal, hay que hacer los siguientes comentarios, sin perder de vista que las reglas aplicables a los familiares afectan lógicamente a familiares que no tienen la nacionalidad ucraniana. Ya que, si la poseen, podrán acceder a la protección por derecho propio y beneficiándose de la no obligación de obtener un visado para cruzar las fronteras de la UE.

En primer lugar, el requisito que la relación familiar ya deba existir en el país de origen es particularmente problemático e ignora la realidad relacionada con la formación de familias en el ámbito de asilo. De hecho, los solicitantes de protección pueden tener que pasar periodos largos en zonas de tránsito o campos antes de llegar a su destino final. De acuerdo con la normativa de la UE aplicable en materia de protección internacional y temporal, las relaciones familiares establecidas después de la salida del país de origen y durante el viaje del refugiado están excluidas de la protección o reagrupación familiar. Es cierto que esta consideración puede ser menos relevante en el caso de Ucrania debido a su proximidad geográfica con la UE, pero aún es probable que el requisito afecte a muchas relaciones familiares en la práctica. De hecho, 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.

En segundo lugar, el hecho de que las parejas de hecho se incluyan en el concepto de familia únicamente si la legislación o la práctica de los Estados miembros en cuestión tratan a las parejas no casadas del mismo modo que a las parejas casadas en virtud de sus normativas de extranjería es probable que obstaculice la reagrupación o la protección de las parejas no matrimoniales. De hecho, el tratamiento jurídico de las parejas de hecho varía considerablemente entre los Estados miembros, mientras que las parejas del mismo sexo pueden enfrentarse a obstáculos adicionales. Teniendo en cuenta las políticas actuales en países como Polonia o Hungría abiertamente en contra de las personas de la

comunidad LGBTIQ+, el hecho de que el trato de las parejas fuera del matrimonio dependa de cada Estado miembro se vuelve particularmente preocupante.

En tercer lugar, la directiva sobre protección temporal no contiene una definición del concepto de "otros parientes cercanos" que pueden ser miembros de la familia si vivían juntos como parte de la unidad familiar en el momento de los hechos que dieron lugar a la afluencia masiva. El mismo término también se utiliza en el Reglamento Dublín III y se refiere a los tíos o abuelos adultos del solicitante. Dada la ausencia de una definición específica en el contexto de la protección temporal, consideramos que una interpretación ampliada que cubra las relaciones más allá de las mencionadas en Dublín III sería la más apropiada. Cabe mencionar que la propuesta de Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración²⁸ en el nuevo Pacto de la UE sobre Migración y Asilo ya incluye la idea de extender la definición de familia a los hermanos del solicitante y familias creadas en zonas de tránsito.

En cuarto lugar, el requisito de que los "parientes cercanos" deban depender total o principalmente del beneficiario implica una dependencia económica y no solamente por razones de salud o discapacidad. Aunque la directiva sobre protección temporal no contiene una definición de este término, ya existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) que interpreta el concepto de familiar "a cargo" en el contexto de otras directivas de manera bastante amplia²⁹. Así, según el TJUE la dependencia debe existir en el país de origen, mientras que los Estados miembros no pueden exigir que el familiar haya buscado trabajo sin éxito en el país de origen para poder ser considerado como "a cargo". Además, el hecho de que un familiar pueda, debido a su educación o edad, encontrar trabajo en el Estado miembro de acogida no puede ser un factor relevante para su clasificación como persona "a cargo".

En cualquier caso, una cuestión de especial relevancia en el ámbito de la reagrupación familiar son los documentos necesarios para acreditar la existencia del vínculo familiar. La Comisión Europea, en sus directrices para la aplicación de la decisión del Consejo³⁰, aclara que la existencia de matrimonio o pareja de hecho puede probarse sobre la base de "la documentación y los certificados registrales pertinentes o mediante cualquier otro documento expedido por las autoridades ucranianas, incluso los certificados proporcionados por la representación de Ucrania en dicho Estado miembro". Además, según el mismo documento, la relación padre-hijo puede acreditarse mediante "certificados de nacimiento o documentos análogos" mientras que la existencia de "otros

²⁸Propuesta 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, 23.09.2020, COM(2020) 610 final.

²⁹ El concepto se ha interpretado principalmente por el Tribunal en el contexto de la Directiva sobre libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, C-1/05, *Yunying Jia c. Migrationsverket*, 09.01.2017, ECLI:EU:C:2007:1; Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, C-423/12, *Flora May Reyes c. Migrationsverket*, 16.01.2014, ECLI:EU:C:2014:16.

³⁰ Comunicación de la Comisión relativa a las directrices operativas para la aplicación de la Decisión de Ejecución 2022/382 del Consejo por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal (DOUE Y 126, de 21 de marzo de 2022, pp. 1-16).

parientes cercanos" mediante "documentos de residencia, el libro de familia y un justificante de las prestaciones asistenciales pertinentes". Dadas las enormes dificultades prácticas a las que se enfrentan las personas desplazadas de las zonas de guerra, es importante que las administraciones públicas de los Estados miembros adopten prácticas flexibles a este respecto. Así, se sugiere que los Estados miembros consideren aceptar cualquier prueba disponible, incluidas meras declaraciones, en caso de que los beneficiarios de protección temporal no puedan solicitar los certificados oficiales debido a las circunstancias que provocaron su desplazamiento.

3. La comparación con la definición de "familia" proporcionada por la directiva sobre reagrupación familiar

Con el fin de comprender mejor la definición de familia en el contexto del régimen de protección temporal, resulta útil una comparación con la definición del mismo concepto en otros actos legislativos de la normativa de la UE. En 2003 la UE adoptó la directiva sobre reagrupación familiar que regula el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países en la UE, aunque también contiene un capítulo especial referido al régimen de reagrupación aplicable a los refugiados. La directiva excluye expresamente a los beneficiarios de protección temporal de su ámbito de aplicación³¹, mientras que tampoco se aplica a los beneficiarios de protección subsidiaria³².

En cuanto al concepto de familia, la directiva sobre reagrupación familiar prevé una definición especialmente restrictiva que incluye únicamente al cónyuge del beneficiario y a los hijos solteros a cargo de los que el beneficiario o su cónyuge tiene la custodia. La definición puede incluso restringirse aún más, ya que, de acuerdo con el artículo 4.6, los Estados miembros pueden exigir que las solicitudes de reagrupación familiar con hijos menores se presenten antes de los 15 años. A pesar de que ninguno de los Estados miembros no aplica realmente esta excepción³³, su mera existencia es representativa de la comprensión restrictiva de la definición de familia por parte del legislador de la UE. En cualquier caso, de acuerdo con las disposiciones facultativas de la directiva sobre reagrupación familiar, los Estados miembros pueden permitir la entrada y la residencia de los ascendientes en línea directa y en primer grado que estén a cargo³⁴, los hijos mayores solteros cuando no sean objetivamente capaces de proveer sus propias necesidades debido a su estado de salud³⁵ y la pareja no matrimonial registrada o no registrada debidamente acreditada³⁶.

En relación con los refugiados, se sigue aplicando la definición de familia anteriormente descrita, aunque el artículo 10 de la directiva sobre reagrupación familiar establece que,

³¹ Artículo 3.2 (b) de la directiva sobre reagrupación familiar.

³² Sobre la falta de garantías para los beneficiarios de protección subsidiaria en la normativa de la UE, véase MILIOS, G., "Family Unity and International Protection – EU Regulation and its Compatibility with the ECHR", *Nordic Journal of International Law*, núm. 90, 2021, pp. 161-189, pp. 178-181.

³³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, Bruselas, 29.3.2019, COM(2019) 162 final.

³⁴ Artículo 4.2 (a) de la directiva sobre reagrupación familiar.

³⁵ Artículo 4.2 (b) de la directiva sobre reagrupación familiar.

³⁶ Artículo 4.3 de la directiva sobre reagrupación familiar.

si el refugiado es un menor no acompañado, los Estados miembros deben autorizar la entrada y residencia, por motivos de reagrupación familiar, de sus ascendientes en línea directa y en primer grado. Además, los Estados miembros podrán facultativamente autorizar la reagrupación familiar con otros familiares no contemplados en el artículo 4, si están a cargo del refugiado³⁷. Finalmente, se podrá autorizar la residencia del tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia, cuando el refugiado sea un menor no acompañado y no tenga ascendientes en línea directa o éstos no puedan encontrarse³⁸.

Dada la consideración limitativa del concepto de familia en la directiva sobre reagrupación familiar, en particular por lo que se refiere a las disposiciones obligatorias, no puede concluirse que la directiva sobre protección temporal y la decisión del Consejo contengan una definición más restrictiva. Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 15 de la directiva de protección temporal establece que, además del cónyuge y los hijos menores solteros, se consideran familiares otros parientes total o parcialmente dependientes, situación que se estipula solo con carácter facultativo en el caso de los refugiados. La anterior conclusión es sin perjuicio de que la directiva sobre reagrupación familiar prevé determinadas disposiciones facultativas sobre relaciones familiares que no están expresamente incluidas en la definición de familia adoptada por la directiva sobre protección temporal. Hay que tener en cuenta que estas disposiciones han sido implementadas por algunos Estados miembros de la UE, tanto en su legislación de inmigración como en la de protección internacional³⁹.

A pesar de todo esto, la crítica sobre la ausencia de un enfoque más *de facto* de lo que constituye una familia y la importancia de tener en cuenta los elementos culturales, así como la evolución sociológica de los modelos familiares en los últimos años está presente en toda la legislación de la UE en materia de reagrupación familiar, incluida la directiva sobre protección temporal⁴⁰.

4. Familiares presentes en diferentes Estados miembros o terceros países

Además de la definición de familia, el artículo 15 de la directiva sobre protección temporal establece determinadas normas aplicables en casos de familiares ubicados en diferentes Estados miembros o terceros países. Respecto a esta cuestión, la directiva introduce como principal criterio para determinar el Estado miembro de reagrupación, la voluntad de los miembros de la familia y el interés superior del menor. Al mismo tiempo, la disposición coloca a los cónyuges, parejas de hecho e hijos solteros menores (familia nuclear) en una posición más privilegiada que los "otros parientes cercanos", ya que los Estados miembros solamente están obligados a llevar a cabo la reagrupación en el primer caso.

³⁷ Artículo 10.2 de la directiva sobre reagrupación familiar.

³⁸ Artículo 10.3 (b) de la directiva sobre reagrupación familiar.

³⁹ Véase, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, Bruselas, 29.3.2019, COM(2019) 162 final.

⁴⁰ Sobre este tema, MILIOS, G., El derecho a la vida familiar de los extranjeros, Comares, Granada, 2021, pp. 6-8.

En particular, el artículo 15.2 establece que en los casos en que los miembros de la familia disfruten de protección temporal en diferentes Estados miembros, los Estados miembros deberán reagrupar a los miembros del núcleo familiar teniendo en cuenta sus deseos. Asimismo, el artículo 15.3 establece que en los casos en que el beneficiario goce de protección temporal en un Estado miembro y uno o algunos de los miembros del núcleo familiar no se encuentren aún en un Estado miembro, el Estado miembro en el que el beneficiario disfrute de protección temporal será responsable de llevar a cabo la reagrupación familiar. Por el contrario, ambas acciones mencionadas anteriormente siguen siendo opcionales con respecto a los "otros parientes cercanos", aunque la disposición requiere considerar las dificultades extremas que dichos miembros afrontarían en caso de no efectuarse la reagrupación.

En todo caso, cabe señalar que según el artículo 29 de la directiva sobre protección temporal: "Las personas que hayan sido excluidas de los beneficios de la protección temporal o de la reunificación familiar por un Estado miembro podrán interponer un recurso jurisdiccional en el Estado miembro de que se trate".

5. La obligación de respetar los derechos humanos

Como observación final sobre el régimen de los familiares, cabe mencionar que los Estados miembros deben aplicar cualquier normativa nacional o comunitaria sobre reagrupación familiar teniendo en cuenta sus obligaciones en virtud del derecho internacional. En relación con esta cuestión, se recuerda brevemente que el TEDH en su jurisprudencia aplica el criterio de si la reagrupación familiar puede tener lugar en un tercer país. Según este enfoque, la denegación de una solicitud de reagrupación familiar vulnera el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) si la reagrupación no puede tener lugar en otro país, normalmente el país de origen del extranjero. Si bien en otros trabajos⁴¹ hemos criticado la aplicación de este principio como particularmente restrictiva en un caso de inmigración, lo cierto es que puede ser directamente aplicable en un caso de reagrupación familiar de un beneficiario de protección, incluida la protección temporal.

De hecho, en los casos relacionados con el asilo, el TEDH considera que existen obstáculos insuperables para el establecimiento de la familia en el país de origen debido a las condiciones de persecución que prevalecen allí y, generalmente, afirma que existe una vulneración del artículo 8 del CEDH en caso de denegación de la reagrupación familiar⁴². Es muy probable que el mismo razonamiento se aplique también en el caso de protección temporal debido a las circunstancias en el caso de la guerra de Ucrania que causaron la activación de la directiva sobre protección temporal. Dicho esto, la denegación de una solicitud de reagrupación familiar a un beneficiario de protección

⁴¹ Véase, MILIOS, G., "The immigrants and Refugees' Right to 'Family Life'. How Relevant are the Principles Applied by the European Court of Human Rights? ", *International Journal of Minority and Group Rights*, núm. 25, 2018, pp. 401-430, p. 418.

⁴² Sobre los obstáculos insuperables, véanse, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mengesha Kimfe c. Suiza*, de 29 de julio de 2010, núm. de demanda 24404/05; *Realising the right to family reunification of refugees in Europe*, Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2017.

temporal que puede no estar precisamente dentro del ámbito de aplicación de la directiva sobre protección temporal o la aplicación incorrecta de las reglas descritas anteriormente puede dar lugar a una vulneración del artículo 8 de la CEDH. Este razonamiento cobra mayor relevancia si tenemos en cuenta que la definición de familia adoptada por el TEDH es más *de facto* que la prevista por la directiva sobre protección temporal y, en consecuencia, determinadas relaciones se consideran "vida familiar" en el contexto de la jurisprudencia del TEDH, pero no están incluidas en el ámbito de aplicación de la directiva.

V. CONCLUSIONES

La activación de la directiva sobre protección temporal es un paso en la dirección correcta para ofrecer protección a las personas desplazadas de Ucrania como consecuencia de la guerra. La reacción de la UE ante esta circunstancia fue inmediata, hecho particularmente importante principalmente para los desplazados, pero también para el prestigio de la propia UE que recientemente gestionó la crisis de los refugiados de 2015 de manera problemática y controvertida. En cualquier caso, la elección del mecanismo de protección temporal presenta determinadas ventajas comparado con los procedimientos habituales de asilo. Estas ventajas incluyen un rango más amplio de protección dado que, como se ha visto, la valoración sobre si debe concederse la protección temporal es colectiva y no individual como ocurre con la concesión del asilo, de manera que la protección temporal puede abarcar un número más amplio de personas. Asimismo, destaca la inmediatez de su aplicación ya que se evitan las entrevistas personales y los procedimientos largos de acceso a la protección internacional. Por último, la activación de la directiva en combinación con el hecho de que los ucranianos estén exentos de obtener un visado para cruzar las fronteras de la UE conlleva la elección por parte de los solicitantes de protección temporal del Estado miembro receptor y facilita su eventual integración.

Por el contrario, se han detectado importantes problemas y omisiones en cuanto a la activación del régimen de protección temporal. Entre ellos, la exclusión del ámbito de aplicación de la directiva de los inmigrantes en situación regular, pero también importantes cuestiones relativas a los familiares de los beneficiarios. Destaca el hecho de que la protección de las parejas de hecho dependa de cada Estado miembro, situación que es particularmente preocupante para las personas del colectivo LGBTIQ+. De igual manera, la aplicación del requisito que los vínculos familiares se hayan creado en el país de origen con anterioridad al 24 de febrero de 2022 presenta también determinados problemas. Por último, la ausencia de una definición de conceptos como el de "dependencia" o el de "otros parientes cercanos" es probable que dificulte en la práctica el acceso a la protección. En todo caso, hay que tener en cuenta que la protección temporal acabará como más tarde al cabo de tres años, y esto implicará el inicio de procedimientos de asilo para los desplazados. En este caso, el debate sobre los problemas permanentes de los sistemas nacionales de asilo de los Estados miembros y de la normativa de la UE relevante probablemente volverá a abrirse.