

CRISIS MIGRATORIAS Y GUERRA HÍBRIDA EN LA FRONTERA EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA

MIGRATION CRISIS AND HYBRID WAR ON THE EXTERNAL BORDER OF THE EUROPEAN UNION

MARIA ESTHER JORDANA SANTIAGO*

SUMARIO. I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: CRISIFICACIÓN, CRIMINALIZACIÓN Y GUERRAS HÍBRIDAS. II. INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN EN LA FRONTERA EXTERIOR. III. LA FRONTERA COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS: SOBRE EL DERECHO DE ASILO Y EL PRINCIPIO DE *NON-RE-FOULEMENT*. IV. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA INSTRUMENTALIZACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGISLATIVO. V. CONCLUSIONES

RESUMEN: La proliferación de la instrumentalización de la inmigración en diferentes puntos de la frontera exterior de la Unión europea ha contribuido a una percepción de la movilidad humana crisificada. Este estudio pretende determinar de qué forma ha sucumbido la Unión definitivamente al discurso securitario en el ámbito de las migraciones y como ello se ha reflejado en la legislación europea. Con el examen de casos en que existe una clara instrumentalización de la migración, como el de Turquía, Marruecos o Bielorrusia, se pondrá de manifiesto las prácticas de los Estados miembros y la reacción de las instituciones europeas al fenómeno de la instrumentalización. Una revisión de los diferentes mecanismos jurídicos de la Unión, en especial del Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor, permitirá delimitar cual es el nivel de compromiso de la UE con sus valores y, sobre todo, con los derechos fundamentales.

ABSTRACT: *The proliferation of the instrumentalization of immigration in several areas along the European Union's external borders has contributed to a crisified perception of human mobility. This study aims to determine how the Union has definitively succumbed to the securitizing discourse in the field of migration and how this has been reflected in European legislation. By examining cases where migration is clearly instrumentalized, such as Turkey, Morocco, and Belarus, the practices of Member States and the reaction of European institutions to this instrumentalization will be revealed. A review of various EU legal mechanisms, particularly the Crisis and Force Majeure Regulation, will help to determine the EU's level of commitment to its values, specially, to fundamental rights.*

PALABRAS CLAVE: instrumentalización de la migración, frontera exterior, Unión Europea, crisis migratoria, asilo, *non-refoulement*, derechos humanos

KEYWORDS: *instrumentalisation of migration, external border, European Union, migration crisis, asylum, non-refoulement, human rights*

Fecha de recepción del trabajo: 15 de abril de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de junio de 2025.

* Profesora lectora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universitat de Girona. Investigadora del Proyecto *A contested European Union in a fragmenting international order (COURAGE)*, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España (PID2023-147735NB-I00) y miembro del Grupo de Investigación de Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea (DIDUE) financiado por la Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (2021 SGR 00307). ORCID ID: 0000-0001-7642-852X, e-mail: mariaesther.jordana@udg.edu. La autora agradece los comentarios y sugerencias aportados por los evaluadores anónimos. Todos los enlaces han sido verificados por última vez el 30 de mayo de 2025.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: CRISIFICACIÓN, CRIMINALIZACIÓN Y GUERRAS HÍBRIDAS

La movilidad humana internacional se sitúa en el epicentro del debate político y social de la Unión Europea. Lejos de tratarse como un fenómeno estructural vinculado a retos globales como las desigualdades económicas, los conflictos armados o el cambio climático, las migraciones habitualmente son presentadas como amenazas al orden público y la seguridad nacional. Esta percepción ha alimentado la tendencia a criminalizar a la inmigración.

La criminalización de los migrantes en la Unión Europea se materializa de diversas formas. Por un lado, cada vez son más comunes discursos políticos y mediáticos que asocian de forma persistente la inmigración y la delincuencia. Lejos de existir una correlación directa entre población migrante e índices de criminalidad¹, esta narrativa ha ido aumentando de forma clara en las últimas décadas en Europa². Por otro lado, determinadas políticas y prácticas institucionales también contribuyen a la criminalización de la migración abordando la simple presencia irregular como un acto delictivo³. La detención de migrantes en centros de internamiento en la mayoría de los Estados miembros con frontera exterior o las deportaciones son el caso paradigmático. A su vez, operaciones conjuntas entre Frontex y los Estados miembros ponen en evidencia despliegues policiales destinados a identificar y recolectar datos biométricos⁴.

Simultáneamente, la criminalización de la inmigración es enriquecida —aunque no exclusivamente⁵— por parte de partidos de la ultraderecha y populistas que han construido su discurso entorno a la necesidad de defender Europa ante una supuesta invasión migratoria⁶. Por décadas, la utilización mántrica de un relato belicista por una parte creciente del espectro político y mediático ha contribuido a la normalización y la legitimación del enfoque securitario en la

1 En este sentido, véase BUCERIUS, S. M., “Immigrants and Crime”, en TONRY, M. (ed.), *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, Oxford Academic, 2012, pp. 385-419.

2 WODAK, R., *The Politics of Fear: What Right-Wing Populist Discourses Mean*, SAGE Publications, 2015, p. 6 *et seq.*

3 Un interesante estudio sobre en qué medida el Derecho de la UE permite y promueve la criminalización de la inmigración se incluye en MITSILEGAS, V., “The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union. Challenging the preventive Paradigm”, en GATTA, G.L., MITSILEGAS, V., y ZIRULIA, S. (Eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, Hart Publishing, 2020, pp. 25-46. Para un análisis centrado en los derechos humanos, véase PROVERA, M., “The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union”, *CEPS Papers on Liberty and Security in Europe*, 80, 2015.

4 Tal como apunta la Agencia de derechos fundamentales (FRA), la negativa a facilitar datos biométricos recibe como respuesta devoluciones en caliente, detenciones y maltratos, véase FRA, “Fundamental rights implications of the obligation to provide fingerprints for Eurodac”, *FRA Focus*, 5, 2015, p. 6 *et seq.*

5 Sobre la influencia del discurso antiinmigración de la extrema derecha en la Unión Europea, véase PASETTI, F., “L’odi com a arma política: causes i conseqüències del discurs antiimmigració de l’extrema dreta a Europa”, *Anuari Internacional CIDOB 2025. Claus per interpretar l’agenda global*, 2024, pp. 150-152.

6 Estos discursos contribuyen de forma directa a socavar los valores en los que se fundamenta el proyecto común de la Unión, véase MARIN, L. y SPENA, A., “The criminalization of migration and European (dis) integration”, *European Journal of Migration and Law*, 18 (2), 2016, pp. 147-156.

gestión de las migraciones⁷. La securización de la migración no es un fenómeno circunscrito a la frontera externa de la UE⁸, pero este relato se ha intensificado especialmente a partir de 2015 cuando más de un millón de personas, huyendo la mayoría del conflicto de Siria llegaron en busca de protección⁹.

La concepción de la afluencia de migrantes como un reto securitario, juntamente con la percepción de la emergencia humanitaria, se han consolidado de tal forma que difícilmente se puede identificar movimientos migratorios que no sean leídos como una crisis¹⁰. En otras palabras, la movilidad humana se ha construido socialmente como una amenaza y una crisis a gestionar¹¹.

La cronificación de la crisis migratoria ha llevado a las instituciones europeas y los Estados miembros a optar por un refuerzo de los controles fronterizos¹², e incluso de apostar por externalizar progresivamente el control migratorio mediante acuerdos con terceros Estados¹³. Y, aunque pueda parecer lo contrario, crisificar la migración ha debilitado a la Unión, especialmente, en sus relaciones con terceros países. Para empezar, las exigencias por parte de terceros Estados a la Unión europea cada vez se hacen más patentes, y fácilmente se pueden detectar situaciones de “condicionalidad inversa”¹⁴ o incluso de “instrumentalización” diplomática¹⁵. A

7 Ya en 2005, se justificaron las muertes en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla como parte de “la lucha contra la inmigración irregular”, véase FERRER GALLARDO, X. y GABRIELLI, L., “Tres décadas de vallas en Ceuta y Melilla: crisificación, externalización y recrudescimiento del control migratorio en las fronteras exteriores de la UE”, *Documents d’anàlisi geogràfica*, octubre de 2024, p.17.

8 Un interesante y exhaustivo análisis sobre el impacto de la securización de la migración a nivel mundial se encuentra en PLANAS, L., *Law, Security and Migration: The Nationalistic Turn in the International Order*. Routledge, 2025.

9 ACNUR, *Global Trends: Forced Displacement in 2015*, 2016, p. 17. Disponible en: <https://www.unhcr.org/media/unhcr-global-trends-2015>.

10 MAGUIRE, M., “Migrants in the Realm of Experts: The Migration–Crime–Terrorist Nexus After 9/11”, en LAZARIDIS, G. y WAADIA, K. (eds.), *The Securitization of Migration in the EU. Debates Since 9/11*, Palgrave Macmillan, 2015, pp. 62–87.

11 BELLO, V., “The spiralling of the securitisation of migration in the EU: from the management of a ‘crisis’ to a governance of human mobility?”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 48, 6, 2022, pp. 1327-1344, p. 1329.

12 De hecho, el nivel de crisificación en la frontera ha comportado que la UE haya legitimado el endurecimiento de los controles en nombre de la propia seguridad de los migrantes, véase MORENO-LAX, V., “The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The ‘Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection’ Paradigm”, *Journal of Common Market Studies*, 56 (1), 2018, pp. 119–140; así como CUSUMANO, E., “Migrant Rescue as Organized Hypocrisy: EU Maritime Missions Offshore Libya Between Humanitarianism and Border Control”, *Cooperation and Conflict*, 54 (1), 2019, pp. 3-24.

13 Véase MARTÍN ARRIBAS, J.S., “Los acuerdos de retorno y readmisión de migrantes de la UE: entre la legitimidad y la utilidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 45, 2023.

14 En este sentido, resultan especialmente interesantes CASSARINO, J.P., “Informalising Readmission Agreements in the EU Neighbourhood”, *The International Spectator*, 42 (2), 2007, pp. 179-196; CARRERA, S., CASSARINO, J.P., EL QADIM, N., LAHLOU, M., DEN HERTOOG, L., “EU-Morocco Cooperation on Readmission, Borders and Protection: A Model to Follow?”, *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, 2016; así como TITTEL-MOSSER, F., “Reversed Conditionality in EU External Migration Policy: The Case of Morocco.”, *Journal of Contemporary European Research*, 14 (4), 2018, pp 349–363.

15 GUILD, E., “Migration as Diplomacy? The Example of the EU”, *Jean Monnet Network on EU Law Enforcement Working Paper Series*, 35/22, 2022, p. 5.

la vez que desde la UE se han utilizado las relaciones internacionales para externalizar su frontera¹⁶, terceros Estados han aprovechado oportunidades para promover sus propios objetivos¹⁷.

La necesidad de la Unión de gestionar la migración como una crisis, la hace vulnerable ante determinadas situaciones. Múltiples ejemplos recientes muestran la utilización de los flujos migratorios por parte de Estados terceros para sumar un elemento de presión en las relaciones con la Unión Europea. Así, Serbia buscó reavivar las negociaciones para su adhesión a la UE¹⁸; Turquía consiguió el pago de enormes cantidades para gestionar a los refugiados sirios; o Marruecos promovió el cambio de postura hacia el Sahara Occidental. Aun con esta cantidad de ejemplos, debe remarcarse que ni la instrumentalización de la migración es una tendencia nueva¹⁹.

Desde hace unos años, la instrumentalización de la movilidad humana se ha convertido en una práctica ingente que, encaja en el concepto de “guerra híbrida” donde actores estatales o no estatales utilizan medios no convencionales para desestabilizar otros Estados²⁰. Así, las guerras híbridas suelen caracterizarse por la combinación de técnicas militares convencionales con ciberataques, desinformación, sabotaje económico o, incluso, con el uso de la migración²¹. En esta última, los migrantes dejan de ser sujetos de derechos para convertirse en instrumentos de confrontación. En otras palabras, en el contexto de la “amenaza híbrida” las personas migrantes son percibidos como una amenaza.

Un caso que incorpora una dimensión comparada, examinando la recepción, implementación y adaptación de dichas normas en los distintos ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Finalmente, se desarrolla un análisis doctrinal crítico que permite contrastar diversas

-
- 16 Sobre las consecuencias de externalizar fronteras véase SANTOS VARA, J. y PASCUAL MATELLÁN, L., “The Externalisation of EU Migration Policies: The Implications Arising from the Transfer of Responsibilities to Third Countries”, en DOUMA, W.T., ECKES, C., VAN ELSUWEGE, P., KASSOTI, E., OTT, A., WESSEL, R.A. (eds.) *The Evolving Nature of EU External Relations Law*. T.M.C. Asser Press, 2021, pp. 315-331.
- 17 OLIVEIRA MARTINS, B. y STRANGE, M., “Rethinking EU external migration policy: contestation and Critique”, *Global Affairs*, 5 (3), 2019, pp. 195-202.
- 18 Véase MEDDEB, H., *Leveraging Lives: Serbia and Illegal Tunisian Migration to Europe*, 20 de marzo de 2023. Disponible en: <https://carnegieendowment.org/research/2023/03/leveraging-lives-serbia-and-illegal-tunisian-migration-to-europe?lang=en¢er=middle-east>.
- 19 La conceptualización de la instrumentalización de los movimientos de población como “coercitive engineered migration” o “strategic engineered migration” se atribuye a Kely Greenhill a finales de la década de los dos mil. Véase GREENHILL, K.M., “Strategic engineered migration as a weapon of war”, *Civil Wars*, 2008, 10 (1), 2008, pp. 6-21; así como, “When Virtues Become Vices: The Achilles’ Heel of Migration Social Policy”, en FREEMAN, G.P., y MIRILOVIC, N. (Eds.), *Handbook on Migration and Social Policy*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 199-221. Sobre otros tipos de instrumentalización presentes en el ámbito de las migraciones resulta interesante la lectura de VERMEULEN, G., “Mutual instrumentalisation of Criminal and Migration Law from an EU perspective”, *European Journal of Migration and Law*, 9, 2007, pp. 347-361.
- 20 El concepto se delimita de forma exhaustiva en QURESHI, W.A., “The Rise of Hybrid Warfare”, *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 10, 2020, pp. 173-208, p. 176 *et seq.*
- 21 Un examen detallado de las diferentes manifestaciones se incluye en TREVERTON, G.F., THVEDT, A., CHEN, A.R., LEE, K. y MCCUE, M., *Addressing hybrid threats*, Swedish Defence University, 2018, p.45 *et seq.*

interpretaciones académicas y jurisprudenciales, valorando su consistencia teórica y sus implicaciones para la evolución de la integración europea. Esta metodología integral permitirá ofrecer una comprensión rigurosa, contextualizada y sistemáticamente fundamentada del fenómeno jurídico objeto de estudio.

II. INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN EN LA FRONTERA EXTERIOR

La instrumentalización de la migración se ha manifestado en diferentes áreas de la frontera exterior de la Unión Europea. Se estima que entre 2014 y 2020, los Estados miembros fueron objeto de prácticas de instrumentalización en más de 40 ocasiones²². Sin embargo, debe remarcar-se que incluso los más recientes y claros casos de instrumentalización no han comportado llegadas masivas de migrantes, más allá de algunos millares. Con todo, resulta cuestionable que todas las prácticas de instrumentalización siempre entrañen una auténtica amenaza para la estabilidad de la Unión europea o sus Estados miembros.

El análisis de los hechos sucedidos recientemente permite mostrar cual es la respuesta que proporcionan los Estados miembros que reciben los flujos de migrantes. Para ello se han seleccionado los hechos más relevantes relativos a las situaciones de instrumentalización sucedidas en la frontera entre Turquía y Grecia, en la frontera entre Marruecos y España; así como, en la frontera de Bielorrusia y Polonia, Letonia y Lituania. La revisión, aunque sintética, de las principales fricciones y praxis ocurridas en dichas fronteras desde 2020 será de relevante importancia en el momento de introducir las obligaciones de derechos humanos que emanan de los instrumentos jurídicos aplicables a la gestión de fronteras.

1. Los casos de Turquía y Marruecos, o como optimizar la externalización de la frontera de la UE para los intereses propios

En el momento en que Turquía anunció su voluntad de dejar de controlar los flujos migratorios hacia Grecia, el 28 de febrero de 2020²³, se estima que entre 12.000 y 25.000 personas se dirigieron a la zona fronteriza²⁴. Al parecer el traslado hasta la frontera griega se realizó con la connivencia de las autoridades turcas. Como reacción Grecia reforzó la vigilancia en frontera y pidió el apoyo de la UE aumentando la presencia de Frontex²⁵. El 2 de marzo de 2020, el gobierno helénico emitió un decreto de emergencia “invocando” el art. 78 TFUE “para contar con el ple-

22 FAKHRY, A., PARKES, R. y RÁCZ, A., “Migration Instrumentalisation: A Taxonomy for an Efficient Response”, *Hybrid CoE Working Paper*, 14, 2022, p. 9.

23 DW, *Erdogan warns ‘millions’ heading to Europe*, 3 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.dw.com/en/erdogan-warns-millions-of-refugees-heading-to-europe/a-52603580>.

24 ACNUR, UNHCR TURKEY, *March Operational Update*, marzo de 2020. Disponible en: <http://unhcr.org/tr>.

25 La información desclasificada sobre la intervención se encuentra en *Rapid border intervention requested by Greece on March 2020*. Disponible en: <https://prd.frontex.europa.eu/document/rapid-border-intervention-requested-by-greece-on-march-2020/>

no apoyo europeo²⁶ pero, como se verá más adelante, sin seguir ningún tipo de procedimiento para conseguir el visto bueno del Consejo. Dicho decreto suspendía el derecho a solicitar asilo durante un mes. En otras palabras, dicha normativa preveía que las personas fueran devueltas a sus países de origen o tránsito sin registrar ninguna petición de protección internacional. Diversos informes detallan que las autoridades griegas utilizaron gases lacrimógenos y balas de goma para impedir las entradas; y que, a partir del 4 de marzo, usaron armas de fuego contra quienes intentaban cruzar la frontera²⁷. Los informes también detallan todo tipo de abusos en centros de internamiento²⁸. Asimismo, los intentos de cruces irregulares fueron evitados realizando devoluciones colectivas sin permitir el registro de ninguna petición de asilo²⁹.

En una comparecencia conjunta, el gobierno griego afirmó que no cederían al “chantaje” de Turquía, acusándola de “utilizar a personas desesperadas para impulsar su programa geopolítico”. A su vez, la presidenta Von der Leyen felicitó a Grecia por su labor de “escudo europeo” evitando la entrada de los migrantes a territorio de la UE. A su vez, la Comisión evitó entrar en evaluar la actuación de las autoridades griegas³⁰.

Poco después de los graves hechos acontecidos en la frontera griega, a mediados de mayo de 2021, unos 9.000 migrantes intentaron entrar en la Ciudad Autónoma de Ceuta desde Marruecos³¹. Entre las personas que cruzaron la frontera había más de 1.100 menores no acompañados³², la mayoría de nacionalidad marroquí, que habían sido convencidos de que en Ceuta se iba a celebrar un partido de fútbol con estrellas internacionales. La utilización de estos menores por parte de Marruecos fue especialmente condenada por el Parlamento Europeo que instó a España y a Marruecos a colaborar estrechamente para permitir la repatriación de los menores hasta sus familias³³.

26 Véase la declaración pública del primer ministro griego hecha en la red social —por aquel momento— Twitter el 1 de marzo de 2020, disponible en: <https://x.com/PrimeministerGR/status/1234192922813267976>.

27 Istanbul Bar Association, *Report on Istanbul Bar Association Human Rights Center's Visit to Pazarkule Checkpoint on 4-5 March 2020*. Disponible en: <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/IstanbulBarosuInsanHaklariMerkeziYunanistanMulteciRaporU032020.pdf>

28 Human Rights Watch, *Greece: Violence Against Asylum Seekers at Border. Detained, Assaulted, Stripped, Summarily Deported*. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2020/03/17/greece-violence-against-asylum-seekers-border>.

29 Devoluciones en las que parece que Frontex estaba implicada, en este sentido, véase <https://www.lighthouse-reports.com/investigation/frontex-chapter-ii-complicit-in-pushbacks/>

30 Euronews, *La UE cierra filas con Grecia y le agradece su papel de 'escudo de Europa'*, 3 de marzo de 2020. Disponible en: <https://es.euronews.com/2020/03/03/la-ue-cierra-filas-con-grecia-y-le-agradece-su-papel-de-escudo-de-europa>

31 Un interesante análisis del caso se incluye en ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “Sobre la inmigración irregular como amenaza a la seguridad y su “nueva” dimensión como instrumento de presión política: el caso de Marruecos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75 (2), pp. 201-230.

32 Véase SOLER GARCÍA, C., La protección de los menores extranjeros no acompañados en la crisis de Ceuta de 2021, *Revista General de Derecho Europeo*, 58, 2022; y GONZÁLEZ GARCÍA, I., “La discutible legalidad internacional del rechazo en frontera de inmigrantes entre España y Marruecos: una especial consideración sobre mujeres, niños y solicitantes de protección internacional”, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián: Donostiako Giza Eskubideei Buruzko Ikastaroen Urtekaria*, 24, 2024, pp. 97-136.

33 Véase Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de junio de 2021, sobre la violación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el uso de menores por las autoridades marroquíes

La legislación española prevé la posibilidad de realizar devoluciones, es decir, evitar la entrada irregular en el territorio del Estado. Conocidas como “devoluciones en caliente”, estas prácticas son comunes en el Estado español desde 2005. De hecho, la Disposición Adicional 10a de la Ley de Extranjería establece que a los extranjeros que sean interceptados en la línea fronteriza de Ceuta o Melilla mientras intentan cruzar ilegalmente la frontera se les puede denegar la entrada en el territorio del Estado español. Esta disposición da cobertura legal al hecho de que las devoluciones se llevan a cabo sin que se emita ninguna resolución administrativa, sin que los migrantes tengan acceso a asistencia legal y sin que puedan ejercer el derecho a solicitar asilo³⁴. La práctica de las devoluciones en las Ciudades Autónomas es altamente polémica³⁵ e, incluso, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha pedido de forma reiterada su cese³⁶.

En el caso de la crisis de Ceuta, el gobierno de España justificó las devoluciones en caliente por el aumento del flujo de migrantes³⁷. Diversos factores hacen de la crisis de Ceuta especial respecto a otras situaciones similares ocurridas en esa frontera³⁸. En primer lugar, la llegada de un número considerablemente elevado de personas en un lapso tan corto de tiempo. En segundo, el apoyo a las fuerzas policiales por parte del ejército en las tareas de recepción de los migrantes. Y, en tercer lugar, por la clara conexión de los cruces masivos con las tensiones diplomáticas ente España y Marruecos³⁹. Más allá de que España proporcionara una ayuda de 30 millones de € a Marruecos⁴⁰, se hicieron esfuerzos por retomar el entendimiento entre ambos países⁴¹. España modificó su postura en el conflicto del Sahara Occidental y como contra-

en la crisis migratoria de Ceuta (2021/2747(RSP)), párr. 2. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0289_ES.pdf.

- 34 Sobre el grado de cumplimiento de los derechos de las personas migrantes por parte de España, véase JORDANA SANTIAGO, M. y SERRA GIRONÈS, A., “Los derechos en el ámbito de las migraciones”, en JORDANA SANTIAGO, M. (dir.), *El respeto de los derechos humanos en el Estado español. Análisis crítico desde una perspectiva de derecho internacional*, EADOP. Generalitat de Catalunya. 2023, pp. 229-260.
- 35 DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el Mediterráneo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 72 (1), 2020, pp. 187-196.
- 36 Véase, por ejemplo, el comunicado de prensa *España: ACNUR insta a poner fin a las devoluciones automáticas en Ceuta y Melilla*. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/news-releases/espana-acnur-insta-poner-fin-las-devoluciones-automaticas-en-ceuta-y-melilla>.
- 37 La voluntad de los retornos se anunció de inmediato por parte del presidente del Gobierno de España, véase *Declaración institucional del presidente del Gobierno con motivo de la crisis migratoria*, 18 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/intervenciones/Paginas/2021/prsp18052021.aspx>.
- 38 Un interesante análisis sobre las narrativas entorno a la crisis de Ceuta se incluye en GABRIELLI, L. y GARCÉS MASCAREÑAS, B., “The framing of migration as a hybrid military threat. Insights from Ceuta’s 2021 ‘Crisis’”, *Migration Studies*, 13, 2025.
- 39 Véase Le Monde, *Crise des migrants à Ceuta: il est temps de sortir d’une certaine naïveté dans le regard porté sur le Maroc*, 21 de mayo de 2021 y, The Guardian, *Over 200 Spanish mobile numbers ‘possible targets of Pegasus spyware’. Data leak reveals scale of potential surveillance by NSO Group client believed to be Morocco*, 3 de mayo de 2022.
- 40 The New York Times, *‘Nos usaron como peones’: un episodio de tensión migratoria entre España y Marruecos*, 2 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2021/06/02/espanol/espana-migrantes-marruecos.html>
- 41 En este sentido, y a raíz de la crisis de Ceuta, se adoptó una Declaración en la que ambos países se comprometían a fomentar una mayor cooperación, incluido en materia migratoria, véase *Nueva etapa del*

partida Marruecos se comprometió a garantizar el control migratorio y respetar las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla⁴².

2. El caso Bielorrusia, o el detonante definitivo de la crisis de la instrumentalización

El verano de 2021, el discurso de la instrumentalización se trasladó a la frontera de Polonia, Letonia y Lituania con Bielorrusia. Después de la adopción de un paquete sanciones por parte de la UE contra el régimen de Lukashenko⁴³, Bielorrusia emitió un gran número de visados de turista a nacionales originarios de Medio Oriente orquestando su viaje hasta territorio de la UE. De acuerdo con los datos proporcionados por la Comisión europea a mediados de noviembre, durante el transcurso de 2021 se repelieron unos 40.000 intentos repetidos de cruzar la frontera, y el número total de personas llegadas desde Bielorrusia fue de 7.698, en concreto, 414 a Letonia, 4.222 a Lituania, y 3.062 a Polonia⁴⁴.

Los líderes de los tres Estados miembros adoptaron una misma retórica bélica afirmando que estaban bajo “amenaza híbrida” o “ataque híbrido” promovidos por el régimen de Minsk que utilizaba a los migrantes como “armas”⁴⁵. Como se verá, los discursos oficiales sobre la situación en la frontera justificaron en los tres Estados miembros la adopción de medidas muy restrictivas y una respuesta desmedida en el campo operativo. Esta preocupante respuesta plantea claros desafíos para el estado de derecho⁴⁶, especialmente cuando se opta por no aplicar el acervo comunitario e ignorar las propias disposiciones constitucionales y obligaciones internacionales⁴⁷.

Partenariado entre España y Marruecos, 7 de abril de 2022. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2022/070422-declaracion-conjunta-Espana-Marruecos.pdf>. Un interesante análisis se incluye en GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Ceuta y Melilla en la nueva relación de Vecindad y de Cooperación transfronteriza con Marruecos iniciada en 2022”, *Peace & Security – Paix et Sécurité Internationales (Euromediterranean Journal of International Law and International Relations)*, 10, 2022.

- 42 Una valoración crítica sobre la perdurabilidad del acuerdo alcanzado se encuentra en SOROETA LICERAS, J., “Por qué la integración en Marruecos (la autonomía) no es la forma de resolver el conflicto (la descolonización) del Sáhara Occidental”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 74 (2), 2022, pp. 463-471.
- 43 Consejo Europeo, Conclusiones del Consejo Europeo de 24 y 25 de mayo de 2021, EUCO 5/21, p. 2.
- 44 Comisión Europea y Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Respuesta a la instrumentalización de migrantes auspiciada por el Estado en la frontera exterior de la Unión*, JOIN(2021) 32 final, 23.11.2021.
- 45 *Joint Statement of the Prime Ministers of Poland, Lithuania, Latvia and Estonia (2021), on the hybrid attack on the borders by Belarus*, 23 de agosto de 2021, Disponible en: <https://www.gov.pl/web/nato-en/statement-of-the-prime-ministers-of-poland-lithuania-latvia-and-estonia-on-the-hybrid-attack-on-our-borders-by-belarus>.
- 46 Sobre el retroceso del estado de derecho en la Unión Europea, véase PECH, L. y SCHEPPELE, K.L., “Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, vol. 19, pp. 3-47; TSOURDI, E.L., “Asylum in the EU: One of the Many Faces of Rule of Law Backsliding?”, *European Constitutional Law Review*, 17, 2021, pp. 471-497; así como LOBINA, B., “Between a Rock and a Hard Place: The Impact of Rule of Law Backsliding on the EU’s Response to the Russo-Ukrainian War”, *European Papers*, 8 (3), 2023, pp. 1143-1154.
- 47 CARRERA, S., “Walling off Responsibility? The Pushbacks at the EU’s external borders with Belarus”, *CEPS Policy Insights*, 2021-18, noviembre 2021, p. 2 et seq.

En Polonia, bajo la percepción de que Bielorrusia había iniciado una “guerra híbrida” se desplegaron en la zona fronteriza unos 25.000 activos que usaron cañones de agua y gas lacrimógeno para evitar el cruce de la frontera⁴⁸. A su vez, el gobierno polaco enunció la intención de fortificar su territorio con la construcción de una tanca fronteriza⁴⁹. Se declaró el estado de emergencia, prohibiendo el acceso a la zona fronteriza a periodistas, miembros de la sociedad civil y abogados⁵⁰. Y se adoptó regulación legalizando las devoluciones en caliente⁵¹. Un número indeterminado de personas migrantes han muerto en la frontera polaca⁵². En octubre de 2024, refiriéndose a la crisis de la frontera con Bielorrusia, Tusk anunció su voluntad de “suspender temporalmente el derecho a buscar asilo” pidiendo a la UE su conformidad. Actualmente, diversas demandas están pendientes de resolución por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵³.

Letonia y Lituania también adoptaron la retórica de la instrumentalización y, por tanto, aceptaron asimilar a los migrantes a armas de una “guerra híbrida”. Ambos Estados miembros decretaron el estado de emergencia con el objetivo de dar cobertura legal a las devoluciones en caliente sin examinar ninguna petición de asilo.

El 10 de agosto de 2021, Letonia declaró el estado de emergencia, impidiendo a los migrantes acceder a los procedimientos de asilo en cuatro regiones. El estado de emergencia se prorrogó durante más de dos años⁵⁴. Durante dicho periodo, la frontera letona con Bielorrusia se convir-

48 Véase The Guardian, *Poland-Belarus border crisis: water cannon and teargas fired at migrants – video report*, 16 de noviembre de 2021; y The Guardian, *Migrants face ‘desperate situation’ at Poland-Belarus border*, 9 de noviembre de 2021. Ambos disponibles en: <https://www.theguardian.com>.

49 Véase Politico, *Poland plans border wall with Belarus*, 13 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.politico.eu/article/poland-belarus-migration-border-security-alexander-lukashenko/>; y ECRE, *Poland: Parliament Approves ‘Legalisation’ of Pushbacks, Council of Ministers Adopt Bill to Construct Border Wall, Another Life is Lost at Border with Belarus*, 15 October 2021. Disponible en: <https://ecre.org/poland-parliament-approves-legalisation-of-pushbacks-council-of-ministers-adopt-bill-to-construct-border-wall-another-life-is-lost-at-border-with-belarus/>.

50 Council of Europe Commissioner for Human Rights (2021), *Commissioner calls for immediate access of international and national human rights actors and media to Poland’s border with Belarus to end human suffering and violations of human rights*, 19 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-calls-for-immediate-access-of-international-and-national-human-rights-actors-and-media-to-poland-s-border-with-belarus-in-order-to-end-hu>

51 ACNUR, *UNHCR observations on the draft law amending the Act on Foreigners and the Act on Granting Protection to Foreigners in the territory of the Republic of Poland (UD265)*, 13 de septiembre de 2021, Disponible en: <https://www.refworld.org/pdfid/61434b484.pdf>.

52 OIM, *IOM and UNHCR Shocked and Dismayed by Deaths Near Belarus-Poland Border*, 21 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.iom.int/news/iom-and-unhcr-shocked-and-dismayed-deaths-near-belarus-poland-border>.

53 TEDH, Sección 1.ª, solicitud núm. 42120/21, *R.A. y otros c. Polonia*, presentada el 20 de agosto de 2021 y comunicada el 27 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2242120/21%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-212823%22%5D%7D>.

54 LSM+, *State of emergency on Latvia-Belarus border extended once again*, 31 de enero de 2023. Disponible en: <https://eng.lsm.lv/article/society/defense/state-of-emergency-on-latvia-belarus-border-extended-once-again.a494203/>.

tió en una zona de detención informal de los migrantes⁵⁵. Las prácticas letonas en la frontera no estuvieron exentas de polémica ni críticas⁵⁶. Y de hecho, están pendientes de resolución ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos varias quejas. Los solicitantes —entre ellos algunos menores de edad— apuntan a la reiterada imposibilidad de cursar sus solicitudes de protección internacional, detenciones en una zona boscosa fronteriza sin ningún tipo de asistencia y múltiples devoluciones en caliente a Bielorrusia que les denegaba sistemáticamente la entrada⁵⁷.

Paralelamente, en julio de 2021, el gobierno lituano modificó la Ley de extranjería lituana, de forma que, ante una declaración de estado de emergencia por la llegada masiva de migrantes, las solicitudes de asilo solamente pudieran cursarse en las embajadas lituanas y puestos fronterizos oficiales. Un mes después se declaró el estado de emergencia a lo largo de toda la frontera con Bielorrusia. Mediante un decreto el gobierno lituano proporcionó amplios poderes a los guardias de fronteras, al ejército y a la policía nacional para realizar devoluciones en caliente sin ningún tipo de procedimiento formal. Asimismo, el decreto prohibía el registro de ningún tipo de solicitud de asilo incluidas aquellas presentadas en los puntos oficiales de cruce de frontera⁵⁸. En este sentido, en 2022 el propio TJUE declaró que la normativa lituana que limita el derecho a solicitar asilo basada en el estado de emergencia es incompatible con el derecho de la UE⁵⁹. Y, después de la sentencia judicial doméstica, se retomó el registro de solicitudes en los puntos fronterizos oficiales y en el centro de detención más próximo a la frontera con Bielorrusia. Asimismo, está pendiente la resolución de diversas demandas ante el TEDH⁶⁰.

Lo acaecido en la frontera con Bielorrusia ilustra cómo la Comisión Europea olvida su rol de guardiana de los tratados cuando se abraza el discurso securitario y la narrativa de la instrumentalización como justificación de obvias vulneraciones del derecho de la Unión por parte de los Estados miembros. Una revisión de los rasgos principales de la regulación aprobada por

55 Véase, ANCITE-JEPIFANOVA, A., *Trapped in a Lawless Zone: Humanitarian Crisis at the Latvia-Belarus Border, Preliminary findings*, marzo de 2022, DOI:10.13140/RG.2.2.13868.33923. En el mismo sentido, Amnesty International, *Latvia: Return home or never leave the Woods. Refugees and migrants arbitrarily detained, beaten and coerced into “voluntary” returns*, 2022. Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur52/5913/2022/en/>.

56 Comisario de Derechos Humanos, Consejo de Europa, *Latvian authorities should put an end to pushbacks and safeguard the human rights of people seeking protection at the border with Belarus*, 6 de febrero de 2023. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/latvian-authorities-should-put-an-end-to-pushbacks-and-safeguard-the-human-rights-of-people-seeking-protection-at-the-border-with-belarus>.

57 TEDH, Sección 5.ª, solicitud núm. 42165/21, *H.M.M. y otros c. Letonia*, presentada el 20 de agosto de 2021 y comunicada el 3 de mayo de 2022. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-217529%22%5D%7D>.

58 Una revisión en detalle de estas modificaciones y sus consecuencias se incluye en ECRE, “Extraordinary Responses: Legislative Changes in Lithuania 2021”, *Legal note*, 11. Disponible en: <https://ecre.org/wp-content/uploads/2021/09/Legal-Note-11.pdf>

59 STJUE (Sala primera), de 30 de junio de 2022, *M.A. c. Lituania*, asunto C-72/22, ECLI:EU:C:2022:505, párr. 74.

60 TEDH, Sección 2.ª, solicitud núm. 17764/22, *C.O.C.G. y otros c. Lituania*, presentada el 8 de Abril de 2022 y comunicada el 2 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2217764/22%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-221976%22%5D%7D>.

los Estados miembros a raíz de la instrumentalización permite sostener esta afirmación por diferentes motivos.

Primero, porque las medidas adoptadas colisionan frontalmente con el acervo comunitario, debido a que en la frontera con Bielorrusia no se asegura de forma efectiva la posibilidad de presentar una solicitud de protección internacional. Segundo, en aras a la seguridad se obvia que se instrumentaliza a seres humanos con derechos que la Unión debe salvaguardar. Es más, no proteger dichos derechos es contrario a los valores de la Unión Europea establecidos en el art. 2 TUE. Por todo ello, en la próxima sección, se realizará una revisión del encaje de ciertas prácticas habituales en situaciones de instrumentalización desde una perspectiva de derechos humanos.

III. LA FRONTERA COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS: SOBRE EL DERECHO DE ASILO Y EL PRINCIPIO DE *NON-REFOULEMENT*

Examinados los casos de instrumentalización por parte de Turquía, Marruecos y Bielorrusia, se puede afirmar que existe cierta pauta en la actuación de los Estados miembros con frontera exterior. Para empezar, prolifera el lenguaje bélico y las referencias a las “amenazas híbridas”. Todos los gobiernos crisifican la situación señalando los retos desde el punto de vista humanitario y securitario, pero en la práctica los esfuerzos se centran en evitar el máximo de cruces de la frontera o realizar devoluciones. En todos los casos se aprueban decretos estableciendo el estado de emergencia, aprobando derogaciones que confirman la deshumanización de los migrantes. A continuación, se intentará mostrar como esta praxis resulta problemática y plantea numerosos interrogantes sobre su adecuación respecto al marco de protección de los derechos humanos que emana del acervo comunitario.

De conformidad con el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE) se establece el derecho de asilo⁶¹. Dicho precepto juntamente con la referencia a los tratados constitutivos hace referencia explícita a 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. Ello significa que esta normativa internacional también informará el sistema de la Unión respecto al derecho de asilo⁶². Así, es preciso remarcar que, el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales es parte del fundamento del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)⁶³. Dicho Sistema consiste en un marco regulador compuesto por directivas que requieren la transposición a la legislación

61 Véase, ARENAS HIDALGO, N., “El derecho de asilo en la carta (art. 18 CDFUE) un colorario esencial del «sistema europeo común de asilo»”, en García Roca, F.J. y Fernández Sánchez, P.A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, 2009, pp. 513-539.

62 Sobre el alcance del artículo 18 CDFUE y el valor añadido del derecho fundamental de asilo de la UE, véase MORARU M., “The EU Fundamental Right to Asylum: In Search of Its Legal Meaning and Effects”, en Iglesias Sánchez, S. y González Pascual, M. (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*. Cambridge University Press; 2021, pp. 139-158.

63 Una interesante visión del sistema se incluye en MORGADES GIL, S., *De refugiados a rechazados. El Sistema de Dublín y el derecho a buscar Asilo en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2021.

nacional, así como reglamentos con aplicabilidad directa. Así, el SECA incluye las Directivas sobre requisitos para el reconocimiento⁶⁴ y los procedimientos comunes para otorgar o retirar la protección internacional⁶⁵; la Directiva sobre las condiciones de acogida⁶⁶, y la Directiva sobre protección temporal⁶⁷, como se verá más adelante, activada por primera y única vez en el caso de Ucrania. El SECA también incluye la normativa que permite determinar qué Estado es responsable de examinar una solicitud de asilo concreta (Sistema de Dublín)⁶⁸.

Pues bien, cabe remarcar que la Directiva sobre los procedimientos de la protección internacional claramente especifica que todo el mundo tiene derecho a solicitar protección internacional en territorio de un Estado miembro, incluido en frontera. Esto implica necesariamente el derecho de acceso a los trámites necesarios para cursar la petición. De hecho, se establece la obligación a los Estados miembros a registrar y procesar las peticiones, independientemente de la forma en que el solicitante haya entrado al país. Esta última idea fue confirmada por el TJUE cuando decretó la compatibilidad de ley lituana con la Directiva de asilo, porque prohibía cursar la solicitud de aquellos que cruzaran la frontera de forma irregular, incluido cuando se declaraba un estado de emergencia debido a una entrada masiva de migrantes⁶⁹. E incluso, tal como ha indicado la jurisprudencia del TEDH, el derecho solicitar protección internacional se traduce en la posibilidad de hacerlo fuera de los puestos fronterizos si estos no son fácilmente accesibles⁷⁰.

Además, ya en su momento, el TJUE ha remarcado que denegar el registro de una solicitud de asilo con motivo a que el solicitante haya transitado por un “tercer país seguro” es contrario a la Directiva de procedimientos comunes⁷¹. Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión

64 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 20.12.2011, p. 9.

65 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 (refundición). *DOUE* L 180 de 29.6.2013, p. 60.

66 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 29.6.2013, p. 96.

67 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 7.8.2001, p. 12.

68 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 (Texto refundido). *DOUE* L 180 de 29.6.2013, p. 31.

69 STJUE (Sala Primera), de 30 de junio de 2022, *M. A. – Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, asunto C-72/22 PPU, ECLI:EU:C:2022:505.

70 Véase STEDH, *N.T. y N.D. c. España* (GS), núm. 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020. Así como, las posteriores STEDH, *M.K. y otros c. Polonia* (GS), núm. 40503/17, 42902/17 y 43643/17, de 23 de julio de 2020; y STEDH *Shahzad c. Hungría* (GS), núm. 12625/17, de 18 de julio de 2021.

71 STJUE (GS), de 16 de noviembre de 2021, *Comisión c. Hungría*, asunto C821/19, ECLI:EU:C:2021:930, párr. 42. Un comentario de la sentencia se incluye en FERRER LLORET, J., “La Unión Europea ante el

Europa apuntó la incompatibilidad con el derecho de la UE de una norma que permita ignorar una petición de protección internacional por el hecho de que el solicitante haya transitado por un tercer Estado donde no este expuesto a persecución o peligro⁷². A todo esto, conviene subrayar que la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes determina el concepto de tercer país seguro⁷³.

De acuerdo con el art. 38.1 de la Directiva sobre procedimientos comunes, los Estados miembros deben transponer la definición a la normativa interna teniendo en cuenta que se requiere que el solicitante reciba un trato en el que concurran un conjunto de principios⁷⁴. En primer lugar, su vida o su libertad no puede estar amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política. En segundo, su integridad física no puede correr peligro, en el sentido de que, no exista riesgo de daños graves tal como se definen en la Directiva sobre protección subsidiaria⁷⁵. En tercero, se requiere por parte del país tercero de un Compromiso con las disposiciones de la Convención de Ginebra, en concreto, respecto al principio de no devolución, así como al estatuto de refugiado y su solicitud. Y, finalmente, que se respete la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional. Tal y como ha apuntado la jurisprudencia europea, este conjunto de principios es acumulativo⁷⁶. En definitiva, como bien apunto el Abogado General Sr. Priit Pikamäe, la existencia de un tercer país seguro implica que es esperable que el solicitante se pueda encontrar seguro en este y “en virtud de la existencia de una relación suficiente [...] pretend[a] obtener protección en dicho tercer país”⁷⁷.

derecho de asilo a propósito del asunto Comisión/Hungría (acogida de solicitantes de protección internacional)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 68, 2021, pp. 25-66.

- 72 STJUE (Sala Primera), de 19 de marzo de 2020, *L.H. – Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, asunto C-564/18, ECLI:EU:C:2020:218.
- 73 Un interesante análisis sobre la Directiva de procedimientos se incluye en SCHITTENHELM, K. “Implementing and Rethinking the European Union’s Asylum Legislation: The Asylum Procedures Directive”, *International Migration*, 57 (1), 2019, p. 229-244.
- 74 Una interesante revisión sobre la noción de tercer Estado seguro se incluye en SOLER GARCÍA, C., ¿La noción de «país seguro» es segura? Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 2020, pp. 559-600.
- 75 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*, 20.12.2011, p. 9.
- 76 Véase STJUE, de 19 de marzo de 2020, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa)*, asunto C564/18, ECLI:EU:C:2020:218, párr. 36; STJUE, de 16 de noviembre de 2021, *Comisión/Hungría (Tipificación penal de la asistencia a los solicitantes de asilo)*, asunto C821/19, ECLI:EU:C:2021:930, párr. 36 y STJUE, así como STJUE, de 4 de octubre de 2024, *Elliniko Symvoulio gia tous Prosfyges and Ypostirixi Prosfygon sto Aigaio*, asunto C-134/23, ECLI:EU:C:2024:838, párr. 38.
- 77 Conclusiones del Abogado General Sr. Priit Pikamäe, presentadas el 23 de abril de 2020, *FMS, FNZ (C-924/19 PPU), SA, SA júnior (C-925/19 PPU) c. Hungría*, asuntos acumulados C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:294, párr. 110.

La categoría de “tercer país seguro” merece un apunte en el caso de la instrumentalización, partiendo de la idea que un país que utiliza a las personas como armas debería plantear muy pocas dudas sobre su calificación. En el caso de Bielorrusia, por ejemplo, donde existen pruebas que la llegada de migrantes a la frontera fue orquestada por sus autoridades, resulta extraordinariamente difícil poder afirmar que se respeta la dignidad humana y que los migrantes pueden sentirse seguros. Esta realidad toma especial relevancia si se tiene en cuenta que los Estados miembros han respondido con devoluciones en caliente a los intentos de cruce irregulares y muestra la necesidad de hacer una mención específica al principio de *non-refoulement*.

Sobre la base de que la principal motivación del solicitante de asilo es huir del Estado del cual es nacional —o de otro Estado en el que residía—, el principio de *non-refoulement* se aplica como garantía mínima de protección. Como se verá, este conjunto de garantías permite cuestionar las devoluciones en caliente en la frontera exterior, así como, la negativa a dar registro y examinar una petición de asilo.

El artículo 19 CDFUE se encarga de la cuestión de las devoluciones y el principio de *non-refoulement*. En línea con su apartado primero⁷⁸, las devoluciones colectivas no están permitidas. Es decir, están prohibidas en los casos en los que no existe un escrutinio individualizado y objetivo de la situación personal concreta. De ahí que el TEDH considera que una expulsión sobre la base de criterios generales es una violación de esta prohibición y, por tanto, los Estados tienen la obligación de emitir decisiones individualizadas de expulsión⁷⁹. Además, cada parte interesada debe hacer valer sus argumentos, porque, de lo contrario, afectaría el derecho a un recurso efectivo⁸⁰. Ciertamente, puede haber una ejecución colectiva de resoluciones individuales. No obstante, las expulsiones colectivas deben analizarse siempre a la luz del principio de no discriminación⁸¹.

La cuestión de las devoluciones en caliente ha sido objeto de una jurisprudencia cambiante por parte del TEDH, que ha pasado de la consideración de estas devoluciones como ilegales en tanto que expulsiones colectivas prohibidas, a la posición actual marcada por el asunto *N.D. y N.T. contra España*. No estando exento de críticas⁸², este pronunciamiento ha sido objeto de un amplio análisis por parte de la doctrina científica⁸³. El asunto tiene su origen en los hechos

78 También según el art. 4 del Protocolo núm. 4 del CEDH.

79 STEDH, *Conka c. Bélgica* (Sección 3.^a), núm. 51564/99, 5 de febrero de 2002, párr. 59.

80 STEDH, *Sultani c. Francia* (Sección 3.^a), núm. 45223/05, 20 de septiembre de 2007, párr. 81.

81 Véase LASAGABASTER, I., “Artículo 4. Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”, en LASAGABASTER, I.(dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Thomson Reuters, 2021, pp. 1086-1094, p. 1090 *et seq.*

82 En este sentido, véase Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *Análisis de la Sentencia N.D. y N.T. contra España de 13 de febrero de 2020*. Disponible en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf>.

83 Destacan los trabajos de BERTOMEU NAVARRO, A., “Asunto N.D. y N.T. contra España ¿un nuevo parámetro de legalidad e interpretación de la prohibición de expulsiones colectivas?: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 13 de febrero de 2020, Asunto N.D. y N.T. contra España”, *Unión Europea Aranzadi*, 6, 2020; SOSA NAVARRO, M., “Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto N.D. y N.T. contra España ante el TEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 67, 2020, pp. 1039-1061; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Las “devoluciones en caliente” en el asunto “N.D. y N.T. contra España” (sentencia de la gran sala TEDH de 13 de febrero de

ocurridos el 13 de agosto de 2014, cuando un grupo de unas 600 personas, en su mayoría de origen subsahariano, intentó cruzar la valla de Melilla. El mismo día 13, unas ochenta personas fueron devueltas a territorio marroquí, incluidos los promotores del recurso ante el TEDH. Esta sentencia supuso un punto de inflexión en la interpretación jurisprudencial que hasta aquel momento el Tribunal había hecho respecto a la práctica de las devoluciones en caliente. El TEDH considera legal la devolución que se hizo de los interesados a territorio marroquí, aludiendo a que los interesados podrían haber entrado de forma regular. Ignorando que los migrantes subsaharianos no tienen acceso a las Oficinas de asilo de los puestos fronterizos ni a los Consulados de España en Marruecos, el Tribunal consideró que “la conducta de aquellos que cruzan una frontera terrestre sin autorización, se aprovechan deliberadamente de su gran número y utilizan la fuerza, es tal que crea una situación claramente perturbadora, difícil de controlar y pone en peligro la seguridad pública” es relevante para justificar la acción estatal⁸⁴. El desarrollo del asunto en subsiguientes pronunciamientos puede interpretarse como el visto bueno desde el punto de vista judicial a los nuevos desarrollos en la frontera exterior de la UE. Mostrando que el TEDH considera que, bajo ciertas condiciones, las devoluciones pueden ser legales⁸⁵. En otras palabras, el goce del derecho de asilo pasa a depender de la conducta del interesado que debe ser impecable, de no ser así queda justificada una expulsión colectiva y en caliente.

Después de *N.T. y N.D. contra España*, resulta realmente complicado comprender donde queda el principio de *non-refoulement* consagrado en el art. 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951, que regula el derecho de asilo y que está en la base del Sistema Europeo Común de Asilo. El artículo 33 de la CG se aplica a los refugiados, independientemente de si tienen reconocimiento formal, y a los solicitantes de asilo, al prohibir a los Estados expulsar o retornar a una persona al territorio de un país donde su vida o libertad está amenazada o donde podría sufrir graves violaciones de los derechos humanos. Según la interpretación realizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), los Estados signatarios de la Convención de Ginebra están obligados a proteger a las personas dentro de su territorio, pero también a garantizar que no se produzcan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el país donde son expulsados o devueltos. Por tanto, sería contradictorio que un Estado respetara el significado y lo derivado del principio de *non-refoulement* dentro de su territorio, pero no evitara las violaciones de los derechos humanos a través de los retornos.

Además, de acuerdo con el art. 19.2 CDFUE⁸⁶ ciertas expulsiones a terceros Estados donde la vida o la integridad física del retornado pueden estar en peligro también están prohibidas. La prohibición de expulsión se extiende a cualquier estado en el que el solicitante de protección

2020)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 78-79, 2021, pp. 309-338; así como, GARCÍA VITORIA, I., “Entradas irregulares en grupo y prohibición de devoluciones colectivas. El asunto N.D. y N.T. contra España”, *Crítica penal y poder*, 26, 2024, pp. 402-414.

84 STEDH, *N.D. y N.T. c. España*, *op. cit.*, párr. 201.

85 STEDH, *M.K. y otros c. Polonia* (GS), núm. 40503/17, 42902/17 y 43643/17, de 23 de julio de 2020; y STEDH *Shahzad c. Hungría* (GS), núm. 12625/17, de 18 de julio de 2021. STEDH, *M.H. y otros c. Croacia* (Sección 1.^a), núm. 15670/18 y 43115/18, de 18.11.2021, así como, STEDH, *A.A. y otros c. Macedonia del Norte* (Sección 2.^a), núm. 55798/16, 55808/16, 55817/16 *et alt.*

86 También según el art. 1 del Protocolo núm. 6 del CEDH

pueda estar sometido a persecución, pero también, a tratos inhumanos y degradantes. Asimismo en la Unión Europea, no solo la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos de asilo, recoge e impone a los Estados miembros el respeto del principio de *non-refoulement*, sino también la Directiva de retorno. Dicha Directiva reconoce la legitimidad de los Estados miembros para devolver a sus territorios a los nacionales de terceros países en situación irregular, y también les impone una condición: el respeto del principio de no devolución y la existencia de sistemas de asilo justos y eficientes.

Por lo tanto, el principio de *non-refoulement* no solo es aplicable a los refugiados o solicitantes de asilo, sino también a aquellas personas que no son reconocidas formalmente como refugiadas porque no han tenido la oportunidad de acceder al procedimiento que les otorgaría este estatus. Así, las devoluciones colectivas que se producen en la frontera exterior de la UE se ejercen sobre grupos de personas sin valorar su situación personal ni el país de origen. Estas prácticas imposibilitan el ejercicio del derecho a solicitar asilo de todas estas personas, algunas de las cuales podrían ser reconocidas como refugiadas si se les permitiera el acceso a la solicitud y al registro.

Finalmente remarcar que, a diferencia de las extradiciones, que consisten en la entrega a un Estado de una persona vinculada a un proceso penal, las expulsiones se encargan de personas extranjeras que violan las normas administrativas. Esta diferenciación confirma la idea de que la detención de inmigrantes no siempre es necesaria, ya que no se trata de evitar la comisión de un delito. A este respecto, y de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, las detenciones deben ser autorizadas por un tribunal, y la privación de libertad de una persona por deportación requiere que esté claramente justificada, que el lugar y las condiciones de detención sean apropiados, que se haga de buena fe y que la detención no exceda el tiempo razonable requerido para la organización del retorno⁸⁷. Si no se ha hecho una evaluación de estos elementos, se puede incurrir en una violación del derecho a la libertad establecido en el art. 5 del CEDH.

IV. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA INSTRUMENTALIZACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGISLATIVO

Teniendo en mente las limitaciones derivadas de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, resulta pertinente analizar de que forma la Unión Europea se ha aproximado a la instrumentalización desde un punto de vista normativo.

Se intentará mostrar cómo la Unión ha invocado el derecho primario y ha adoptado normativa para justificar la aplicación de un régimen de derogaciones por parte de los Estados miembros. En primer lugar, siguiendo el argumentario esgrimido por la Comisión en orden cronológico, se examinará de qué forma el art. 78.3 TFUE (debido a influjos repentinos) y después el art. 72 TFUE (en el caso del orden público) pueden contribuir a la adopción de medidas dirigidas a abordar la instrumentalización. En segundo lugar, los esfuerzos se centrarán en el escrutinio

87 STEDH, *M. y otros c. Bulgaria* (Sección 4.ª), núm. 41416/08, 26 julio de 2011, párr. 62 *et seq.*

del régimen de derogaciones establecido por el Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor que se espera que despliegue sus efectos a mediados del año que viene.

1. Sobre la adopción de medidas debido a un influxo de migrantes repentino

El art. 78 TFUE establece la posibilidad de adoptar medidas extraordinarias cuando un Estado afronta una situación de emergencia provocada por un influxo de nacionales de terceros países repentino. No obstante, se debe remarcar que dicho precepto constituye la base jurídica de un acto de derecho derivado y carece de sentido pensar que puede dar cobertura a medidas adoptadas unilateralmente por un solo Estado miembro. La aprobación de las medidas a aplicar requiere la adopción por parte del Consejo a raíz de una propuesta de la Comisión y con la consulta al Parlamento Europeo.

Esta disposición de derecho primario, en contacto con el art. 80 TFUE, fueron la base jurídica que permitió introducir el principio de solidaridad en el área de la protección internacional en 2015⁸⁸. Así, el Consejo adoptó la reubicación de 160.000 personas que se encontraban en Grecia e Italia⁸⁹. Como es sabido, no todos los Estados miembros se mostraron satisfechos con la decisión del Consejo, así Eslovaquia y Hungría, con el apoyo de Polonia, plantearon recursos por la vía del art. 263 TFUE⁹⁰. Esta impugnación permitió al Tribunal de Justicia, determinar que el Consejo goza de un amplio margen de discrecionalidad para elegir qué medidas y durante qué periodo se aplican⁹¹. No obstante, también apunta que las derogaciones “se ciñan a responder de manera rápida y efectiva, a través de un mecanismo provisional, a una situación de crisis concreta, lo que excluye que dichas medidas puedan tener por objeto o efecto la sustitución o modificación, de manera permanente o general, de dichos actos legislativos, con la consiguiente elusión del procedimiento legislativo ordinario”⁹². Es decir, se deduce que las excepciones no pueden sustituir un acto legislativo de forma permanente y, no pueden utilizarse para eludir un procedimiento legislativo concreto.

88 Un interesante análisis del programa de reubicación se encuentra en PEERS, S., “Relocation of Asylum-Seekers in the EU: Law and Policy”, *EU Law Analysis*, 24 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/09/relocation-of-asylum-seekers-in-eu-law.html>. Aunque se descartó, también existía la posibilidad de activar la Directiva de protección temporal, véase INELI-CIGER, M., “Time to activate the Temporary Protection Directive. Why the Directive can play a key-role in solving the migration crisis in Europe”, *European Journal of Migration and Law*, 18 (1), 2016, pp. 1-33.

89 Véase Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia, *DOUE L* 239 de 15.9.2015, p. 146, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2015/1523/oj>; juntamente con Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia, *DOUE L* 248 de 24.9.2015, p. 80, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2015/1601/oj>.

90 STJUE (GS), de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría contra Consejo de la Unión Europea*, asuntos acumulados C-643/15 and C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631.

91 *Ibid.* para, 77.

92 *Ibid.*, para, 78.

Confirmado por el TJUE que no cabe una interpretación restrictiva del art. 78.3 TFUE, la cuestión debe centrarse en si las medidas adoptadas pueden derogar disposiciones de derecho primario. Teniendo en cuenta la jerarquía de normas en la Unión, la respuesta solamente puede ser negativa⁹³. En el ámbito de los derechos humanos, esta realidad se materializa en la imposibilidad de adoptar medidas que violen, en primer lugar, las disposiciones de la CDFUE (de la lectura conjunta del art. 2 y el 6 TUE) y, en segundo, la Convención de Ginebra y el resto de las obligaciones internacionales de derechos humanos (enunciadas en el art. 78.1 TFUE).

No obstante, el art. 78.3 TFUE se ha intentado resignificar en el contexto de la instrumentalización de los flujos migratorios. Como se ha apuntado, el art. 78.3 TFUE fue invocado por el Gobierno helénico como base para la suspensión del derecho de asilo en 2020. En el caso griego no hubo tan siquiera propuesta de la Comisión, pero como se ha apuntado se aprobó el decreto griego que decretaba el estado de alarma y dejaba de registrar peticiones de protección internacional. A diferencia del caso anterior, en diciembre de 2021, con base en el art. 78.3 TFUE, la Comisión propuso medidas de emergencia provisionales para Polonia, Letonia y Lituania debido a la situación provocada por Bielorrusia. Básicamente la propuesta buscaba la adopción de medidas como extensiones de los plazos de registro y de resolución, condiciones materiales de recepción y la aplicación por sistema del procedimiento de asilo en frontera⁹⁴. Dicha propuesta no se adoptó por el Consejo. Por tanto, por el momento, las potencialidades del art. 78.3 TFUE no han sido explotadas —al menos no de la forma correcta— para hacer frente a las situaciones de instrumentalización. Ello no es de extrañar pues difícilmente se puedan aprobar unas medidas que proporcionen cobertura a algunas de las prácticas generalizadas en la gestión de fronteras, tales como las devoluciones en caliente, los tratos degradantes e inhumanos, o la vulneración del principio de *non-refoulement*.

2. Sobre la adopción de medidas para preservar el orden público y la seguridad

En diciembre de 2024, la Comisión Europea “dispuesta a ayudar a los Estados miembros en todos los frentes” aprobó una comunicación en la que se apunta a la posibilidad de invocar el art. 72 TFUE para justificar las devoluciones de personas migrantes en la frontera con Bielorrusia⁹⁵. El texto es todo un ejemplo de lenguaje bélico, así como de cómo se criminaliza y deshumaniza a las personas migrantes.

El art. 72 TFUE establece una excepción en el ámbito de migración y asilo “en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”. En opinión de la Comisión, la situación de crisis enquistada en la frontera con Bielorrusia justificaría una limi-

93 PEERS, S., “A Pyrrhic victory? The ECJ upholds the EU law on relocation of asylum-seekers”, *EU Law Analysis*, 8 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/09/a-pyrrhic-victory-ecj-upholds-eu-law-on.html>.

94 Véase Propuesta de Decisión del Consejo sobre medidas provisionales de emergencia en beneficio de Letonia, Lituania y Polonia, 1 de diciembre de 2021, COM (2021) 752 final, p. 5 *et seq.*

95 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la lucha contra las amenazas híbridas derivadas de la instrumentalización de la migración y sobre el refuerzo de la seguridad en las fronteras exteriores de la UE, 11 de diciembre de 2024, COM (2024) 570 draft.

tación de derechos humanos y la elusión de determinadas disposiciones del SECA. De hecho, la Comisión llevando al límite el discurso securitario acaba por afirmar que “el entorno de seguridad de la Unión Europea ha cambiado drásticamente en comparación con el momento en que se adoptaron los instrumentos de Derecho internacional pertinentes, circunstancia que posiblemente haya que tener en cuenta en la aplicación de estos”⁹⁶. En otras palabras, justifica que en ciertas ocasiones los Estados puedan derogar derechos fundamentales, como el de buscar asilo conferido en el art. 18 CDFUE.

La postura de la Comisión respecto al art. 72 TFUE resulta más que cuestionable, especialmente porque por el momento el TJUE ha rechazado la invocación del art. 72 TFUE. Así, en el contexto del procedimiento por incumplimiento del programa de reubicación⁹⁷, Hungría, Polonia y la República Checa intentaron justificarse ante el TJUE invocando, entre otras cuestiones, la referencia al orden público y la seguridad nacional contenida el art. 72 TFUE⁹⁸. En todo caso, el Tribunal de Justicia establece que las derogaciones deben cumplir con dos requisitos: necesidad y proporcionalidad⁹⁹. Por tanto, más allá de apuntar a la excepción de orden público o seguridad nacional, la Comisión debería entrar en escrutar las medidas adoptadas de acuerdo con dichos requisitos jurisprudenciales. La Comunicación de la Comisión guarda silencio en este sentido, no obstante, pueden realizarse algunas apreciaciones¹⁰⁰.

En lo que refiere al requisito de la necesidad aplicado al art. 72 TFUE, el TJUE revisa la situación concreta y también si el marco jurídico de la Unión prevé mecanismos suficientemente efectivos para conseguir el objetivo que se pretende. En el caso de la instrumentalización, ello conllevaría que antes de activar el art. 72 TFUE, la Comisión analizara la viabilidad de las medidas aprobadas con base en el art. 78.3 TFUE y la reciente reforma del Código de Fronteras Schengen¹⁰¹, así como el Reglamento (UE) 2024/1359 sobre Crisis y Fuerza mayor. Como se mostrará en el próximo apartado, dicho instrumento de derecho derivado fue diseñado justamente para hacer frente a los efectos de situaciones de instrumentalización¹⁰².

Respecto al requisito de la proporcionalidad, el examen debe de ser exhaustivo, más si debido las medidas aprobadas existe la posibilidad de afectar los derechos fundamentales. Ciertamente las excepciones de orden público o seguridad nacional pueden entrañar la limitación

96 *Ibid.*, p. 6.

97 Comisión Europea, “Relocation: Commission refers the Czech Republic, Hungary and Poland to the Court of Justice”, *Press release*, 7 diciembre de 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_17_5002.

98 STJUE (Sala Tercera), de 2 de abril de 2020, *Comisión Europea contra República de Polonia y otros*, asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

99 *Ibid.* párr. 152 *et seq.*

100 Un análisis crítico sobre este extremo se incluye en STILLER, M., “How the EU Commission Backs up Pushbacks at the EU-Belarussian Border”, *Verfassungsblog*, 7 de enero de 2025. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/how-the-eu-commission-backs-up-pushbacks-at-the-eu-belarussian-border/>.

101 Reglamento (UE) 2024/1717 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, que modifica el Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, *DOUE L*, 2024/1717, 20.6.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1717/oj>

102 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de instrumentalización en el ámbito de la migración y el asilo. COM/2021/890 final, 14.12.2021, p. 2.

de ciertos derechos, no obstante, no pueden afectar a su núcleo duro. En este sentido, y como bien apuntó el Abogado General Sr. Emiliou, denegar la posibilidad de solicitar protección internacional afecta de forma directa la esencia del derecho de asilo¹⁰³. Asimismo, la negativa al examen de una solicitud no es posible debido al principio de *non-refoulement* que, como se ha indicado, está conectado con la inderogable prohibición de tratos inhumanos o degradantes¹⁰⁴.

En definitiva, incluso si se llegase a estimar la necesidad de adoptar medidas con base en el artículo 72 TFUE, incluso ignorando el Reglamento sobre Crisis y Fuerza mayor, dichas medidas no podrían consistir en la derogación de la posibilidad de presentar una solicitud protección internacional, ni en la devolución de los migrantes sin escrutarla. En otras palabras, el art. 72 TFUE no puede proporcionar cobertura legal a ciertas prácticas habituales de los Estados miembros cuando consideran que existe una situación de instrumentalización.

3. El Reglamento de Crisis y Fuerza Mayor

En octubre de 2021, los Ministros de Interior de ocho Estados miembros¹⁰⁵, se dirigieron a la Comisión reclamando una reforma del sistema de Schengen que permitiese a los Estados miembros “proteger [...] con un máximo nivel de seguridad” la frontera externa “en caso de un ataque híbrido” consistente en flujos masivos de migrantes irregulares “creados artificialmente” por un tercer Estado “con la intención de ejercer presión política”¹⁰⁶. A finales de aquel mismo año, la Comisión europea lanzó un paquete de propuestas y reformas legislativas para abordar la cuestión de la instrumentalización.

Básicamente, la propuesta apostaba por modificar el Código de Fronteras Schengen¹⁰⁷ y aprobar un nuevo Reglamento sobre instrumentalización¹⁰⁸. La modificación del Código de Fronteras Schengen se adoptó el 13 de junio de 2024 y actualmente se encuentra en vigor¹⁰⁹. Debido

103 Conclusiones del Abogado General Sr. Emiliou, presentadas el 2 de junio de 2022, *M.A. c. Lithuania*, asunto C-72/22, ECLI:EU:C:2022:431, párr. 137.

104 *Ibid.*, párr. 139. Sobre la relación del derecho de asilo y los tratos inhumanos, resulta especialmente interesante CAVASINO, E. y GRIFÒ, I., “La configuración del derecho de asilo en la Unión Europea a la luz renovadora del derecho a no sufrir tortura o tratos inhumanos y degradantes”, en CARMONA CONTRE-RAS, A.M., (dir.), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales: un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, 2018, pp. 123-135.

105 Se trata de Austria, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Grecia Hungría y Eslovaquia.

106 Véase EU Ministers of Interior (2021), Letter to Margaritis Schinas Vice-President, European Commission, Ylva Johansson Commissioner for Home Affairs, European Commission, Adaptation of the EU legal framework to new realities, 7 de octubre de 2021. Disponible en: https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2021/10/07/Joint-letter_Adaptation-of-EU-legal-framework-20211007.pdf.

107 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras. COM/2021/891 final, 14.12.2021.

108 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de instrumentalización en el ámbito de la migración y el asilo. COM/2021/890 final, 14.12.2021.

109 Reglamento (UE) 2024/1717 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, que modifica el Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, *DOUE L*, 2024/1717, 20.6.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1717/oj>

a la falta de mayorías en el seno del Consejo de asuntos de Interior, el Reglamento no fue adoptado. No obstante, las disposiciones sobre instrumentalización fueron incorporadas en el Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor¹¹⁰ que fue adoptado como parte del nuevo Pacto de Migración y Asilo el 14 de mayo de 2024¹¹¹. Las normas desplegarán sus efectos a partir del 1 de julio de 2026¹¹².

El objetivo principal del Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor es establecer un régimen de excepciones que permita dar respuesta a diferentes crisis migratorias “que pueden variar considerablemente, entre otras cosas, en función de la magnitud y la composición de las llegadas”¹¹³. La idea es proporcionar herramientas “diversas para responder a todo tipo de situaciones”. En consecuencia, el Reglamento se plantea como un instrumento complementario a otros mecanismos para establecer derogaciones, tales como el art. 78.3 TFUE¹¹⁴.

El ámbito de aplicación del Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor se circunscribe a aquellas situaciones que se consideran crisis en el contexto migratorio: la llegada masiva de migrantes y la instrumentalización¹¹⁵. En el presente apartado, el análisis se centrará en el escrutinio de las definiciones y el régimen de excepciones que el Reglamento plantea en los casos de instrumentalización con el objetivo de señalar las ambigüedades y zonas grises presentes en dicha normativa.

A. SOBRE LA DEFINICIÓN DE CRISIS DEBIDA A UNA INSTRUMENTALIZACIÓN

El Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor define las situaciones de crisis debidas a una instrumentalización con base en la existencia de:

“[...] una situación de instrumentalización en la que un tercer país o un agente no estatal hostil fomente o facilite el desplazamiento de nacionales de terceros países o apátridas a las fronteras exteriores o a un Estado miembro, con el objetivo de desestabilizar a

110 Reglamento (UE) 2024/1359 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las situaciones de crisis y fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo y por el que se modifica el reglamento (UE) 2021/1147. *DOUE L* 2024/1359, 22.05.2024.

111 Véase Consejo de la Unión Europea, *Pacto sobre Migración y Asilo. Los solicitantes de asilo deben recibir un trato uniforme en toda Europa. La UE está trabajando en pro de este objetivo*. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-asylum-reform-pact/#pact>.

112 La elección del tipo de instrumento sorprende, un análisis en este sentido se incluye en GARCIA ANDRADE, P., “La reforma de la legislación de la UE sobre asilo, ¿una solución europea basada en la solidaridad?”, *La Ley Unión Europea*, 125, mayo de 2024.

113 Reglamento (UE) 2024/1359, *op. cit.*, Preámbulo, párr. 3.

114 *Ibid.*, párr. 11.

115 Un interesante análisis sobre si el Reglamento es la solución a la instrumentalización se incluye en ILLA-MOLA DAUSÀ, M., “Les persones com a armes vives: soluciona la Unió la seva instrumentalització?”, en MORGADES GIL, S. (Coord.), *Violències a la Mediterrània. Migracions, seguretat, Drets Humans, tecnificació i digitalització del control*, Universitat Pompeu Fabra, 2024, pp. 91-102. En cuanto al enfoque claramente securitario del Reglamento, véase PORRAS RAMÍREZ, J.M., “El nuevo Reglamento de la UE sobre las situaciones de crisis y fuerza mayor en la migración y el asilo: o como supeditar la solidaridad a la seguridad”, *La Ley Unión Europea*, 125, 2024.

la Unión o a un Estado miembro, y en la que tales acciones pueden poner en peligro funciones esenciales de un Estado miembro, como el mantenimiento del orden público o la salvaguardia de su seguridad nacional.”¹¹⁶.

De una primera lectura se puede apuntar que la definición proporcionada es extremadamente amplia. Aunque *a priori* el encaje de una casuística extensa pueda verse como una ventaja, la aplicación del reglamento queda sujeta a la valoración de términos vagos y eminentemente política. Así, la definición de instrumentalización incrementa la incertidumbre sobre su ámbito de aplicación y, por ende, puede afectar la seguridad jurídica. Apuntado en términos generales la problemática, algunos términos de la definición merecen una mención destacada.

La definición de instrumentalización hace referencia a la participación de actores no estatales en la instrumentalización. El contexto de las migraciones dirige el análisis a las actividades de asistencia humanitaria y al tráfico ^{3/4}o contrabando^{3/4} de migrantes. En esta línea, en el preámbulo aparece una referencia explícita a ambos supuestos y se afirma que no pueden ser considerados instrumentalización de la migración cuando “no exista el ánimo de desestabilizar a la Unión o a un Estado miembro”¹¹⁷. La necesidad de determinar la intención de un actor no estatal puede plantear muchas dificultades. A modo de ejemplo, es factible que un Estado costero pueda llegar a considerar los rescates marítimos realizados por las ONG como una actividad “hostil” o a determinar que las acciones de dichas organizaciones causen distorsiones en su sistema de asilo.

Igualmente, la cuestión de la asistencia humanitaria requiere de cierta reflexión debido a la tendencia de criminalización y persecución por parte de algunos Estados miembros¹¹⁸. En este punto se hace necesaria una referencia al Paquete de facilitación¹¹⁹. El objetivo principal del Paquete es reforzar el sistema de sanciones que reprime la facilitación de la inmigración clandestina. Dicho instrumento proporciona una definición común a nivel de la Unión Europea de lo que es la facilitación. A su vez, armoniza la legislación de los Estados miembros en relación a sanciones, responsabilidad extracontractual de personas jurídicas; y jurisdicción sobre los delitos relacionados con la facilitación de la migración. Debido al amplio margen de discrecionalidad dejado, el apoyo al tránsito y la llegada por motivos humanitarios todavía no está exento de persecución en todo el territorio de la Unión e, incluso, acarrea penas de prisión de hasta 15 años¹²⁰. Esta realidad resulta desconcertante cuando se tiene en cuenta que la

116 Véase art. 1.4.b) del Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor.

117 Véase Párrafos 15 y 16 del preámbulo del Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor.

118 En este sentido, véase JORDANA SANTIAGO, M., “Addressing Migrant Smuggling in the European Union. Challenges for a Non-Criminalized, Coordinated and Effective Response”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 6, 2022, pp. 165-188.

119 Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, *DOUE* L 328, 05.12.2002, p. 17; y Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, *DOUE* L 328, 05.12.2002, p. 1.

120 Comisión Europea, *Report based on Article 9 of the Council Framework Decision of 28 November 2002 on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry, transit and residence*, 6 de diciembre de 2006. COM (2006) 770 final, p. 7.

Directiva de facilitación apunta a la posibilidad de incluir una “cláusula humanitaria”¹²¹. En la última década, existen numerosos casos de persecución judicial de la asistencia humanitaria¹²² y varios estudios muestran que gran parte de las organizaciones civiles temen que su trabajo de asistencia a migrantes sea sancionado¹²³.

Viendo lo acontecido con el Paquete de facilitación, resulta factible pensar que quizás algún Estado miembro pueda intentar aplicar las disposiciones del Reglamento de crisis y fuerza mayor a situaciones de asistencia humanitaria. Más si se tiene en cuenta que, no existe en el texto ninguna cláusula que la excluya de forma explícita, que la definición de instrumentalización no requiere una llegada masiva de migrantes y que todo depende de la valoración del “ánimo” hecha por el Estado miembro en cuestión.

En cuanto al tráfico de migrantes, resulta habitual el uso de los servicios de grupos de criminalidad organizada en situaciones de instrumentalización. La referencia a que el Estado “facilite” plantea algunos interrogantes y puede conllevar ciertas dificultades para identificar las verdaderas situaciones de instrumentalización. Por ejemplo, en el caso que el tráfico de migrantes concorra con la pasividad por parte de las autoridades del Estado tercero. En estos casos resulta realmente complicado determinar el grado de participación de los agentes estatales en la instrumentalización.

De forma general la referencia al “objetivo de desestabilizar” también resulta controvertida. De acuerdo con el Reglamento de crisis y fuerza mayor, el objetivo de instrumentalización debe reflejarse en las acciones del tercer país. Pero el análisis de las acciones puede llevar a concepciones erróneas, como pensar que todos los migrantes que provienen de un tercer estado han sido instrumentalizados. Lejos de aclarar o establecer algún parámetro para reconocer una situación de desestabilización, se hace referencia a la puesta “en peligro” del orden público o la seguridad nacional. En otras palabras, la identificación de la voluntad del tercero depende de la apreciación de clásicos conceptos jurídicos indeterminados. En todo caso, poner en “peligro” las “funciones esenciales de un Estado miembro” plantea una meta difícil de alcanzar, especialmente si se trae a colación la reacción de la Unión al cruce de millones de personas después de la ofensiva rusa contra Ucrania.

Como es bien sabido, la respuesta de la UE a la llegada masiva de ciudadanos ucranianos a la frontera con Polonia fue activar la Directiva de Protección temporal¹²⁴. De hecho, Polonia

121 Véase art. 1.2 de la Directiva 2002/90/CE.

122 Véase *inter alia*, New York Times, *Los rescatadores del Mediterráneo, en la mira de la justicia*, 14 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2018/05/14/espanol/rescatadores-mediterraneo-justicia.html>

123 COLLYER, M., “Cross-Border Cottage Industries and Fragmented Migration” en CARRERA, S. Y GUILD, E. (Eds.), *Irregular Migration, Trafficking and smuggling of human beings. Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies, 2016, p. 18; y CARRERA, S. (coord.), *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, 2018 update, Estudio del Parlamento Europeo, 2018, p. 44.

124 Un análisis sobre las implicaciones jurídicas se proporciona en MILIOS, G., “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, 2022; así como SALVO, L., “Implementation and

asumió un papel destacable en la crisis de Ucrania, asumiendo un rol activo en el desarrollo de medidas legislativas y administrativas para asegurar la aplicación de la Directiva de Protección temporal con éxito¹²⁵. En ese momento ningún Estado miembro fronterizo denunció la afectación de sus “funciones esenciales”¹²⁶. Visto lo acaecido en 2022, todavía llama más la atención la reacción provocada por unos miles de personas en la frontera bielorrusa¹²⁷.

Recapitulando, en el caso la instrumentalización el Reglamento no requiere que la afluencia de migrantes sea masiva y tampoco que exista una evidente situación de emergencia. Nótese que de la redacción del Reglamento se deriva una asimilación de los flujos migratorios a una amenaza para la integridad territorial o el orden y la seguridad públicos. En consecuencia, la misma noción de “instrumentalización” comporta el riesgo de banalizar el estado de emergencia en las fronteras de la UE y perpetuar derogaciones de la legislación europea de asilo.

B. SOBRE LAS DEROGACIONES Y SUS LIMITES

El Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor permite que los Estados miembros que afrontan una situación en la que concurra una instrumentalización puedan derogar determinados preceptos del Sistema Europeo Común de Asilo. La activación del reglamento queda supeditada a un aumento “significativo inesperado” de las solicitudes en la frontera exterior. Y solamente se podrán aplicar

Limits of Directive 55/2001/EC in favor of Ukrainian displaced persons”, *Ordine Internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 386-396. Asimismo, véase AZCÁRRAGA, C., “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, 2022, pp. 77-116; DURÁN RUIZ, F.J., “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, 2022, pp. 951-993; ARENAS HIDALGO, N., La primera activación de la Directiva 2001/55/EC. Entre los límites restrictivos de su ámbito de aplicación personal y las bondades de su modelo de solidaridad interestatal en la acogida de las personas desplazadas desde Ucrania. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 44, 2022; y SOLER GARCÍA, C., “La aplicación de la protección temporal en la Unión Europea con ocasión de la agresión rusa a Ucrania. Una respuesta sin precedentes ante una situación excepcional”, *Anuario español de derecho internacional*, 40, 2024, pp. 471-535.

125 Agencia de Derechos fundamentales de la Unión Europea (FRA), *National Legislation Implementing the EU Temporary Protection Directive in Selected EU Member States (October 2022 update)*. Disponible en <http://fra.europa.eu>.

126 Sobre las diferencias entre migrantes y las implicaciones en los derechos fundamentales, véase COSTELLO, C. y FOSTER, M., “(Some) refugees welcome: When is differentiating between refugees unlawful discrimination?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 22 (3), 2022, pp. 244-280; y DURÁN RUIZ, F.J., “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?”, *Revista Deusto de derechos humanos*, 12, 2023, pp. 199-227.

127 Todo ello apunta a la existencia de un derecho de asilo de geometría variable en función del origen de los solicitantes véase CHETAIL, V., “L’instrumentalisation...”, *op. cit.*, p. 445; a una verdadera segregación con base en la nacionalidad, véase GANTY, P., ANCITE-JEPIFANOVA, A. y KONCHENOV, D.V., “EU Lawlessness Law at the EU-Belarusian Border: Torture and Dehumanisation excused by ‘Instrumentalisation’”, *Hague Journal on the Rule of Law*, 16, 2024, pp. 739-774, p. 742; e incluso, a la denegación de cualquier derecho —incluidos los más esenciales, como el derecho a la vida— con base en la raza véase ACHIUME, E.T., “Racial Borders”, *Jorgetown Law Journal*, 110 (3), 2022, pp. 445-508, p. 449.

las derogaciones a aquellos migrantes “que sean objeto de instrumentalización y que sean aprehendidos o localizados en las inmediaciones de las fronteras exteriores [...] en relación con el cruce no autorizado [...] o que sean desembarcados tras operaciones de búsqueda y salvamento o se hayan presentado en los pasos fronterizos”. Es decir, las medidas se aplican a los que son instrumentalizados introduciendo la ficción jurídica de que algunos de ellos —pudiendo haber sido retornados en vulneración del principio de no devolución— no han accedido al territorio de la UE.

Las derogaciones no pueden aplicarse de forma unilateral, pues se establece un procedimiento para obtener la aprobación del Consejo¹²⁸. Dicho procedimiento que se inicia con la solicitud del Estado miembro que considera estar afectado por una instrumentalización dirigida a la Comisión. En su petición el Estado miembro debe probar la afectación, cuestión que puede ser controvertida más teniendo en cuenta que, como se ha mostrado en el apartado anterior, la definición de instrumentalización contiene numerosos conceptos jurídicos indeterminados. El Reglamento incluye una enumeración de la que se pueden extraer algunos indicadores¹²⁹, pero no se especifica qué tipo de información se deberá proporcionar a la Comisión para demostrar la afectación del Estado miembro en cuestión.

La Comisión cuenta con 2 semanas para determinar si realmente existe una situación de instrumentalización. En caso afirmativo, el Consejo dispone de 2 semanas más para aprobar una decisión de ejecución que contenga las derogaciones más acertadas para el caso concreto. El Parlamento Europeo solamente será informado¹³⁰. La aplicación de estas medidas no es indefinida, y está sometida a un plazo de 3 meses prorrogable por 3 meses más. Pasado este lapso, y con el acuerdo de la Comisión, el Consejo deberá aprobar una nueva decisión que modifique o mantenga las derogaciones por un nuevo periodo de 3 meses con posible nueva prórroga¹³¹. La falta de referencia a la imposibilidad de solicitar otra decisión del Consejo una vez finalizado el año de aplicación de las excepciones, plantea algunas dudas sobre la temporalidad de las medidas.

De acuerdo con el Reglamento de Crisis y Fuerza Mayor, las medidas adoptadas en los casos de instrumentalización están básicamente relacionadas con el registro y el análisis de las solicitudes de protección internacional. Esto es, el Estado interesado podrá limitar el número de puntos de paso fronterizo abiertos y autorizar la presentación de solicitudes de asilo únicamente en determinados puntos de registro¹³². Y, de hecho, podrá limitar el tráfico en frontera al mínimo, limitando el horario o, incluso, cerrando determinados puntos de entrada. Además, se prevé generalizar el procedimiento de asilo a todas las solicitudes de protección internacional en frontera, sin autorizar la entrada en el territorio y, tan siquiera garantizar un efecto suspensivo para los recursos¹³³.

Asimismo, el plazo de registro de una solicitud se extiende de 5 días a 4 semanas¹³⁴. No obstante, es importante recordar que tanto la Directiva de procedimientos comunes y la Directiva

128 Véase art. 2 *et seq.* del Reglamento de Crisis y Fuerza Mayor.

129 Art. 3.6 del Reglamento de Crisis y Fuerza Mayor.

130 Art. 4 del Reglamento de Crisis y Fuerza Mayor.

131 Art. 5 apartados. 1 y 2 del Reglamento de Crisis y Fuerza Mayor.

132 Art. 10 del Reglamento de Crisis y Fuerza Mayor.

133 Art. 11 del Reglamento de Crisis y Fuerza Mayor.

134 Exceptuando el art. 27 del Reglamento sobre procedimientos de asilo.

sobre condiciones de recepción, enfatizan que el estatus de solicitante se adquiere desde el momento en que se enuncia la intención de pedir protección. Por tanto, *a priori* las dilaciones en el registro de las peticiones no deberían ser una cuestión controvertida. La mera manifestación de la intención de pedir protección debería habilitar al solicitante a hacer efectivos sus derechos. Sin embargo, la falta de registro incrementa las dificultades de probar su estatuto y, son altamente preocupantes si se tienen en cuenta las prácticas de violencia y devoluciones en frontera altamente corrientes en escenarios de instrumentalización.

Con respecto al examen de la solicitud, también se extiende la duración de los procedimientos en frontera de, normalmente, un plazo de 12 semanas¹³⁵ a uno máximo de 16 semanas. Durante este período el Estado podrá derogar libremente las condiciones básicas de acogida de los solicitantes, reduciendo a las necesidades materiales la asistencia prestada. La ayuda limitada a necesidades básicas durante un plazo tan largo debería ser, por definición, contrario a la dignidad humana y puede llegar a constituir un trato inhumano o degradante. Parte de la doctrina ha mostrado una clara preocupación por la posibilidad de que esta derogación, sea acompañada de medidas de detención indicando que podrían ser arbitrarias tanto por su carácter sistemático como por su duración¹³⁶. Finalmente, el procedimiento de retorno en frontera se puede extender 6 semanas, más allá de las 12 semanas previstas por el Reglamento del procedimiento de retorno en frontera¹³⁷. Esta extensión también se podrá aplicar a aquellas personas que hayan visto su solicitud denegada antes de que el Consejo autorice la prórroga.

Este régimen, aunque *a priori* excepcional, puede contribuir a la vulneración del derecho a un recurso efectivo, fomentar las expulsiones colectivas y las devoluciones en caliente¹³⁸. Como ya se ha apuntado, ninguna de las medidas excepcionales puede derogar el derecho a buscar asilo o el principio de *non-refoulement*. Por tanto, la derogación del SECA no evita que las actividades estatales puedan ser constitutivas de violaciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de otros tratados internacionales¹³⁹.

V. CONCLUSIONES

La instrumentalización se alimenta de los discursos de criminalización y el enfoque securitario en el ámbito de la migración. Puede afirmarse que la instrumentalización de la migración ade-

135 Art. 51.2 del Reglamento de Procedimientos de asilo.

136 CHETAIL, V., “L’instrumentalisation...”, *op. cit.*, p. 446.

137 Art. 6 del Reglamento (UE) 2024/1349 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1148, *DOUE L*, 2024/1349, 22.5.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1349/oj>.

138 ECRE, *Comments on the Commission Proposal for a Regulation addressing situations of instrumentalisation in the field of migration and asylum*, enero de 2022. Disponible en <https://ecre.org/wp-content/uploads/2022/01/ECRE-Comments-Instrumentalisation-January-2022.pdf>.

139 El pasado 12 de febrero se celebraron las audiencias ante el TEDH de múltiples asuntos sobre lo sucedido en la frontera con Bielorrusia, véase TEDH, solicitud núm. 42120/21, *R.A. and Others v. Poland*; solicitud núm. 42165/21, *H.M.M. and Others v. Latvia*; y solicitud núm. 17764/22, *C.O.C.G. and Others v. Lithuania*.

más de poner en entredicho los valores fundacionales de la UE, contribuye a la deshumanización de las personas migrantes. La utilización de las migraciones como instrumento de guerra híbrida representa múltiples desafíos para la Unión Europea. Esta realidad comporta una doble necesidad, por un lado, desarrollar mecanismos para erradicar la explotación de los migrantes, y por el otro, asegurar las garantías de sus derechos preservando los valores de la Unión.

La identificación entre migración y amenaza es una simplificación que debería ser erradicada del discurso institucional de la Unión. Es muy difícil sustentar que unos miles de personas puedan representar una amenaza para la seguridad nacional o el orden público de aquellos Estados que recibieron millones de personas huyendo de la guerra en Ucrania. Esta realidad muestra la existencia de dobles estándares, pero también la necesidad de proporcionar respuestas acordes con los valores de la Unión.

El análisis de los casos de instrumentalización sucedidos a inicios de la presente década muestra un comportamiento similar por parte del Estado miembro al que se dirigen los flujos migratorios. Una respuesta contundente dirigida a evitar los cruces irregulares de frontera promoviendo las devoluciones en caliente y evitando examinar las solicitudes de protección de forma individualizada. Las prácticas de violencia contra las personas migrantes que intentan acceder a territorio de la Unión parecen ser la tónica general.

La reacción de los Estados miembros con frontera exterior vulnera principios esenciales del estado de derecho y derechos fundamentales inderogables anclados en el derecho internacional, los Tratados de la UE y el derecho derivado, incluido el principio de no devolución, el derecho a buscar y obtener asilo y la prohibición de las expulsiones colectivas. Este conjunto de garantías encuentra su fundamento en la dignidad humana y su razón de ser es asegurar una mínima protección cuando son las autoridades públicas las que vulneran sus derechos. En este sentido, cabe remarcar que existe un doble maltrato a los migrantes que son instrumentalizados, por un lado, se les usa como armas y, por otro, con la respuesta de la Unión, se les impide el ejercicio de sus derechos por el hecho de haber sido instrumentalizados.

Ciertamente, la instrumentalización de la migración es una práctica antidemocrática y contraria a los derechos humanos, no obstante, la Unión y sus Estados miembros no pueden seguir las mismas reglas ni tácticas inhumanas. Más allá de la calificación de las acciones de Estados vecinos como Turquía, Marruecos o Bielorrusia, la situación no debería eximir a la Unión Europea y sus miembros de sus propias obligaciones internacionales respecto a los migrantes. Bajo riesgo de deslegitimar sus propias políticas y dinamitar los cimientos de la integración europea, la Unión y sus miembros deberían evitar a toda costa violar sus compromisos en materia de derechos humanos en la frontera exterior.

Sin embargo, la Comisión parece haber adoptado la narrativa de la instrumentalización de forma definitiva. La gestión de fronteras es sinónimo de crisis y donde impera el enfoque securitario en primer término. Con base en estas premisas la Comisión evita escrutar las medidas adoptadas para abordar cada crisis, apoya las acciones de los Estados miembros de forma abierta y olvida su función de guardiana de los tratados. La frontera con Bielorrusia es el escenario paradigmático en este sentido. En efecto, la Comisión no ha criticado ninguna de las políticas de los Estados miembros, ni tampoco ha iniciado ningún procedimiento de infracción contra prácticas declaradas por el TJUE como contrarias al derecho de la UE.

Desde el punto de vista legislativo, la Comisión ha promovido la codificación de la instrumentalización en la normativa de la Unión mediante un conjunto de medidas. A saber, una reforma del Código de Fronteras Schengen y el Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor. La adopción de este paquete normativo implica que a partir de julio de 2026 sea posible la adopción de medidas derogatorias de algunas disposiciones del Sistema Europeo Común de asilo.

El Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor no llega al extremo de la legislación nacional que autoriza las devoluciones forzosas y suspende el derecho a solicitar asilo. No obstante, permite a los Estados miembros ampliar el plazo de registro de las solicitudes, el uso extensivo de los procedimientos fronterizos y la detención *de facto* de solicitantes de protección. La normativa europea debería garantizar un tratamiento individualizado y con plenas garantías de las peticiones de protección, así como rechazar los procedimientos fronterizos de retorno y la ficción jurídica de no entrada.

Más allá de las derogaciones en sí mismas, el Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor plantea otros riesgos debido a las numerosas remisiones a conceptos jurídicos indeterminados. Se introduce un concepto de instrumentalización extremadamente amplio, con referencias al orden público y a la seguridad nacional, cosa que acarrea el riesgo de que las medidas que prevé el Reglamento pasen de excepcionales a habituales. Igualmente, existe el riesgo de incrementar la criminalización de la ayuda humanitaria dejando abierta la posibilidad de que se pueda considerar instrumentalización si se demuestra que concurre un ánimo de desestabilizar.

Realizada una revisión de la forma en que el art. 78.3 TFUE ha sido invocado por el momento en el ámbito de la gestión de la frontera exterior, se puede remarcar que no queda claramente justificada la necesidad del Reglamento de Crisis y Fuerza Mayor en el ámbito de la instrumentalización.

En todo caso, el recurso al art. 72 TFUE, es decir la excepción por orden público, resulta altamente cuestionable y debería descartarse. En todo caso, las devoluciones en la frontera sin acceso a un procedimiento de solicitud de protección internacional ni a un procedimiento para determinar el riesgo de devolución no pueden justificarse en virtud de dicho precepto. Sugerir, como sorprendentemente sugiere la Comisión, que los Estados miembros se basen en el artículo 72 del TFUE como base jurídica para justificar lo que ocurre actualmente en la frontera exterior de la UE erosiona el acervo comunitario.

Superar gran parte de las cuestiones planteadas requiere reformular el marco normativo europeo analizado desde una perspectiva de derechos humanos y justicia global, asegurando las vías necesarias para su correcta aplicación. Para ello es necesario garantizar verdaderas vías legales y seguras de migración, fortalecer la protección de los derechos fundamentales y abandonar la retórica belicista en pro de los valores de la Unión.