



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Document Version

Published versión

ARANZADI LA LEY digital library 'All rights reserved'.

Requena de Torre, M. D. (2023). ¿Un gran poder conlleva una gran responsabilidad? el caso de Frontex: Sentencia del tribunal general de la Unión Europea, sala sexta, 6 de septiembre de 2023, asunto 600/21: WS y otros/Frontex. *La Ley Unión Europea*, (119)

General rights

This manuscript version is made available under the CC-BY-NC-ND 4.0 licence (<https://web.upcomillas.es/webcorporativo/RegulacionRepositorioInstitucionalComillas.pdf>).

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact Universidad Pontificia Comillas providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim

¿Un gran poder conlleva una gran responsabilidad? El caso de Frontex

Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, Sala Sexta, 6 de septiembre de 2023, asunto 600/21: WS y otros/Frontex

With great power comes great responsibility? The case of Frontex

Resumen: *Este trabajo aborda la cuestión de la responsabilidad de Frontex frente las posibles violaciones de derechos humanos cometidas en el ejercicio de sus funciones. Una problemática que ha estado presente desde los inicios de la Agencia, y cuyo debate se ha avivado aún más tras una reciente y desalentadora sentencia en la que el Tribunal General de la Unión Europea ha desestimado la demanda de responsabilidad extracontractual interpuesta contra la Agencia por una familia siria que consideró que la operación de retorno a la que fue sometida en 2016 era ilícita. Según el razonamiento del Tribunal, Frontex brinda apoyo a los Estados, pero carece de competencias en las cuestiones alegadas y, por tanto, de responsabilidad. Bajo el controvertido fallo del Tribunal subyace la idea de que, pese a las sucesivas reformas que ha experimentado la Agencia, y mediante las cuales ha adquirido nuevas funciones, esta no ha asumido una mayor carga de responsabilidad. Un enfoque problemático que plantea importantes dudas acerca del futuro de Frontex.*

Palabras clave: Reglamento 2016/1624 – Frontex – responsabilidad – derechos humanos – sentencia T-600/21.

Abstract: *This paper addresses the question of Frontex's liability for possible human rights violations committed in the exercise of its functions. This issue has been present since the Agency's beginnings and continues to be the subject of debate. Thus, the discrepancies on the matter have become even more evident following a recent and discouraging judgment in which the General Court of the European Union has rejected the claim for non-contractual liability brought against the European Border and Coast Guard Agency by a Syrian family who consider that the return operation to which they were subjected in 2016 was unlawful. According to the Court's reasoning, Frontex provides support to states, but lacks competence in the matters alleged and thus liability. And underlying the Court's controversial ruling is the idea that, despite the successive reforms that the Agency has undergone, and through which it has acquired new functions, it has not assumed a greater burden of responsibility. A problematic approach that raises important questions about the future of Frontex.*

Keywords: Regulation 2016/1624 – Frontex – liability – human rights – judgement T- 600/21.



María Dolores Requena de Torre

Investigadora en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

I. La evolución normativa de Frontex hasta el Reglamento 2016/1624

Aunque la pretensión de alcanzar una gestión común de las fronteras exteriores de la Unión era inherente al primigenio objetivo de eliminar los controles en las fronteras interiores, la creación de un órgano comunitario que desempeñara dicha función no llegó hasta 2004. El 26 de octubre de aquel año, el Consejo de la Unión aprobó en Reglamento CE 2007/2004 por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, conocida como Frontex.

Esta agencia fue creada con la misión de mejorar la gestión integrada de las fronteras exteriores pero sus competencias eran muy limitadas entonces pues, tal y como reconocía el Reglamento 2007/2004, los Estados miembros eran los competentes para el control y la vigilancia de las fronteras exteriores (1) . La Agencia contó entonces con un presupuesto de 6 millones de euros y 57 trabajadores, y se limitaba a facilitar y hacer más eficaz la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de gestión de las fronteras exteriores, coordinando la actuación de los Estados y poniendo a disposición de los mismos su asistencia técnica y sus conocimientos en la materia (2) . Pero los Estados no tardaron en reclamar un mayor cometido a la Agencia, sobre todo después de que la llamada *crisis de los cayucos*, que asoló a las Islas Canarias en 2006, evidenciara la falta de coordinación entre los Estados y su inexperiencia en el control de unos flujos migratorios irregulares, cada vez más intensos (3) .

Después de que España reclamara a Frontex su colaboración en aquella *crisis*, la Agencia desarrolló su primera Operación Conjunta (Hera I), en la que colaboraron también Alemania, Austria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal y Reino Unido. Se estaba asumiendo la idea de que las fronteras exteriores de los Estados también debían considerarse las fronteras de Europa, y se tradujo en un aumento de las competencias de la Agencia a través del Reglamento 863/2007, que introdujo un nuevo mecanismo de intervención rápida (4) .

Unos días antes de la aprobación del Reglamento, y ante las críticas dirigidas contra la Agencia, se pronunció su entonces director ejecutivo, el finlandés Ilkka Laitinen. Quien relativizó la responsabilidad de Frontex, al definirlo como un «coordinador de la cooperación operativa donde los Estados muestran su voluntad». Y afirmó, en relación al nuevo mecanismo, que las operaciones de emergencia no eran la razón de ser de Frontex, sino la introducción de patrullas periódicas bien planificadas por parte de los Estados Miembros. Añadiendo que Frontex no era, ni sería, una «panacea» para los problemas de la inmigración ilegal:

«The raison d'être of Frontex are not emergency operations but the consistent introduction of well planned regular patrols by Member States, in order to limit urgent missions and to integrate the management of borders in all its dimensions defined by the Member States. Doctors say that the best intensive care unit cannot replace prophylaxis; I would say that it applies also to borders. Frontex is not and never will be a panacea to problems of illegal migration (...) Summing up I would like to remind that Frontex activities are supplementary to those undertaken by the Member States. Frontex doesn't have

any monopole on border protection and is not omnipotent. It is a coordinator of the operational cooperation in which the Member States show their volition. If some of our critics think it is not enough they should fix their eyes on decision takers, as Frontex only executes its duties described in the Regulation 2007/2004» (5) .

Según el Informe *evaluación y desarrollo futuro de Frontex*, elaborado por la Comisión en febrero de 2008 , los resultados de las operaciones conjuntas alcanzados entre 2006 y 2007 eran «impresionantes» (6) . Aunque se recomendó que la Agencia organizara cursos de formación especializados sobre las normas de Derecho Internacional y europeo relativas al asilo, a Derecho marítimo y a derechos fundamentales «para contribuir al pleno respeto de estas normas y a un planteamiento coherente de las situaciones que implican la coordinación de la búsqueda y el rescate» (7) . Pues la falta de control en el respeto a los derechos humanos había sido objeto de críticas desde su creación (8) .

La ampliación de competencias, sumado a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa con la consiguiente transformación de la CDFUE en Derecho originario, motivó una nueva reforma del régimen jurídico de Frontex a través del Reglamento 1168/2011 (9) , que incluyó toda una *estrategia en materia de derechos fundamentales* (10) a partir de la cual la Agencia estableció un mecanismo para controlar el respeto de los derechos fundamentales en todas sus actividades; un Foro Consultivo constituido como un organismo independiente para asistir a la Agencia (al director ejecutivo y al Consejo de Administración) en asuntos concernientes a los derechos fundamentales; un agente responsable en materia de derechos fundamentales que reforzaría el mecanismo de control de los derechos realizando informes periódicos e informando al Consejo de Administración y al Foro Consultivo; un Código de Conducta que establecería los procedimientos destinados a garantizar los principios del Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales (11) ; y se introdujo la posibilidad de que el director ejecutivo de la Agencia suspendiera o pusiera fin a las operaciones conjuntas si en el curso de las mismas se producían violaciones graves o persistentes de derechos humanos (12) .

Así, el Reglamento 1168/2011 supuso un gran avance en el reconocimiento de las obligaciones de Frontex para el respeto a los derechos humanos. Y aunque se criticó la falta de concreción de las medidas y las competencias de sus nuevos órganos, hay quienes han defendido sus virtudes al entender que sirvieron para implementar «unos sistemas de fiscalización específicos de salvaguarda de los derechos fundamentales» (13) .

Sin embargo, aquella reforma no bastó para zanjar las dudas acerca del respeto de la Agencia a los derechos humanos. Y un año después, el Defensor del Pueblo Europeo llevó a cabo una investigación sobre la actuación de Frontex en la que, aunque reconoció que se había realizado avances para cumplir las obligaciones en materia de derechos, destacó la falta de un procedimiento para plantear quejas en relación con las denuncias individuales (14) ; y recomendó que se creara un mecanismo para gestionar tales denuncias.

Tal *mecanismo* se introdujo finalmente con el Reglamento 2016/1624 (15) , que supuso una transformación de la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea en la nueva Agencia Europea de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (GEFC); que estaba conformada por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas y las autoridades nacionales de los Estados miembros responsables de la gestión de las fronteras (16) .

II. Frontex tras el Reglamento 2016/1624

El Reglamento 2016/1624 obedecía a las pretensiones de la Comisión por mejorar la eficiencia en la gestión de las fronteras, tal como se reflejaba en la Agenda Europea sobre Migración de 2015 (17) . Y su aprobación fue llamativamente rápida debido a los intensos flujos migratorios que llegaban en aquel momento a las fronteras europeas. Así, no llegó a transcurrir un año desde la propuesta legislativa de la Comisión, el 15 de diciembre de 2015, hasta su publicación en el Diario Oficial de la UE, el 16 de septiembre de 2016 (18) .

Sin embargo, la urgencia de su tramitación, y el cambio de nombre no deben hacernos pensar que este Reglamento supusiera una revolución en la política de gestión de fronteras. La reforma no creó un cuerpo fronterizo europeo, a pesar del nombre (19) ; por el contrario, se ha dicho que fue una «evolución natural en el proceso que se inició en 2004» (20) . De hecho, conviene señalar que a pesar del cambio, la *Guardia* conservó el sobrenombre de Frontex (21) , lo que ha llevado a algunos autores a señalar que la nueva *Guardia* era una «ficción legal» (22) y que la reforma lograba (solo) un *Frontex+* (23) .

A pesar de ello, es indudable que el Reglamento supuso un considerable aumento en las funciones de la Agencia. Siendo destacable la nueva función de supervisión de la vulnerabilidad de los Estados miembros, en relación a su capacidad y preparación para hacer frente a los retos y amenazas que se den en sus fronteras exteriores (24) . Una competencia, prevista en el art. 13 del Reglamento 2016/1624, que habilitó al Director ejecutivo de la Agencia (nombrado por el Consejo de Administración), previa consulta al Estado miembro implicado, a realizar una recomendación sobre las medidas que debían adoptarse y el plazo para aplicarlas. Esta nueva competencia se fundamentaba en el deber de proteger el espacio Schengen, y a tal fin, el art. 19 previó una competencia aún más controvertida: la posibilidad de intervenir en situaciones urgentes cuando un Estado miembro no adoptara las recomendaciones señaladas en virtud del art. 13, o no esté adoptando las medidas necesarias (establecidas en los arts. 15, 17 o 18) para hacer frente a un determinado reto. Incorporando así un teórico «derecho de intervención» (25) , que ha sido criticado por su cuestionable eficacia, al requerir de la cooperación del Estado implicado; por resultar políticamente poco probable, al dejar la decisión en manos del Consejo; y sobre todo, por sobrepasar los límites competenciales de la Unión, afectando a los principios de igualdad soberana y de no intervención en los asuntos internos de los Estados (26) .

Es indudable que el Reglamento 2016/1624 supuso un considerable aumento en las funciones de la Agencia, siendo destacable la nueva función de supervisión de la vulnerabilidad de los Estados miembros, en relación a su capacidad y preparación para hacer frente a los retos y amenazas que se den en sus fronteras exteriores

Junto a estas nuevas funciones, el Reglamento 2016/1624 también reforzó la cooperación de la *Guardia de fronteras* con terceros países (art. 54); y le confirió un mayor papel en las operaciones de retorno, aunque partiendo de la premisa de que la Agencia no puede entrar a analizar los fundamentos de las decisiones de retorno (art. 28). El Reglamento trataba de garantizar el cumplimiento de estas decisiones, cuestión que se había priorizado en la Agenda Migratoria de 2015. Y para ello, previó la creación de un contingente de

supervisores de retorno forzoso (art. 29); un contingente de escoltas para retornos forzosos (art. 30); un contingente de especialistas en retorno (art. 31); y a partir de estos contingentes, cuyos miembros deberán tener formación en materia de Derecho Internacional y europeo, la creación de equipos europeos de intervención en materia de retorno (art. 32) que podrían intervenir cuando la ejecución de una decisión de retorno suponga una carga para un Estado miembro (art. 33).

Además, el Reglamento intensificó la estrategia de derechos humanos reforzando las funciones de los órganos creados en 2011, e incorporando el mecanismo de denuncia al que hicimos referencia previamente (art. 72). Un procedimiento de denuncia, de carácter administrativo, al que puede recurrir cualquier persona que considere sus derechos lesionados por las acciones del personal que participa en una operación de la Agencia.

Según se describe en el art. 72, ap. 5, una vez admitida a trámite la denuncia, se debe informar a los denunciantes de su registro y del inicio de una evaluación al respecto; o, en su caso, de los motivos por los que se ha inadmitido. Aunque, como critica D. Fernández-Rojo, no se previó un plazo para delimitar esta fase del procedimiento lo que, en la práctica, puede suponer una dilación excesiva que debilita la efectividad del mecanismo de denuncia (27).

Tanto la admisibilidad de la denuncia como su registro, la lleva a cabo el agente responsable de derechos fundamentales (nombrado por el Consejo de Administración) y debe enviar las denuncias registradas al director ejecutivo y al Estado miembro de origen. Pero es el director ejecutivo (o, en caso de que la denuncia sea en relación a un guardia de un Estado miembro, el propio Estado) el encargado de garantizar un seguimiento adecuado a la denuncia, informando al agente responsable de derechos fundamentales sobre los resultados que haya dado la Agencia a la misma. Un planteamiento, cuanto menos cuestionable, que deja la denuncia en manos del director ejecutivo de la agencia, y relega al agente de derechos fundamentales a un plano secundario. Y puesto que es el director ejecutivo quien, de conformidad con el Estado miembro, acuerda el plan operativo, surgen serias dudas sobre la imparcialidad y efectividad de este procedimiento administrativo.

En definitiva, el Reglamento 2016/1624 dotó a Frontex de mayor autonomía, pero no dio una respuesta eficaz a las exigencias de un mecanismo de denuncia; no zanjó las críticas sobre sus métodos; ni despejó las dudas sobre la responsabilidad de sus operaciones. Cuestiones controvertidas y de máxima actualidad sobre las que se ha pronunciado ahora el Tribunal General de la Unión Europea a raíz de una demanda por responsabilidad extracontractual interpuesta por una familia siria que reclamó a Frontex los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de su actuación durante una operación conjunta de retorno, llevada a cabo en Grecia en 2016. Un caso donde se han materializado todas las flaquezas de la política de gestión de fronteras, en general, y del estatuto jurídico de la Agencia de la Guardia de Fronteras, en particular.

III. Estudio del asunto T-600/21

El 9 de octubre de 2016, tres días después de que entrara en vigor el Reglamento 2016/1624 (28), un grupo de 114 ciudadanos sirios alcanzó la isla de Milos, en

Grecia. Cinco días después, los demandantes, un matrimonio sirio y sus hijos (de entre 1 y seis años) fueron trasladados, junto a otras ochenta y cinco personas, al Centro de Acogida e Identificación de la isla de Leros

(Grecia) donde expresaron formalmente su interés en solicitar protección internacional. A pesar de ello, seis días después los demandantes fueron trasladados a un centro de acogida temporal en el sudeste de Turquía como resultado de la llamada *operación retorno* llevada a cabo conjuntamente entre la República Helénica y Frontex.

El dos de noviembre de ese mismo año las autoridades turcas expidieron documentos de protección temporal y permisos de viaje temporales para los demandantes que se trasladaron a la aldea de Saruj hasta su posterior traslado a Erbil (Irak) donde residen actualmente.

El 4 de enero de 2017, dos meses después de que las autoridades turcas expidieran tales documentos, los demandantes denunciaron ante el agente responsable de derechos fundamentales de Frontex aquella *operación retorno*. Denuncia que, en aplicación del nuevo mecanismo de denuncia, fue remitida al director ejecutivo de Frontex y al Defensor del pueblo griego el 15 de febrero de 2017.

Tras más de un año, el 17 de julio de 2018, los demandantes presentaron una segunda denuncia contra Frontex en relación a la tramitación de la primera. El 29 de noviembre de 2018, el responsable de derechos fundamentales de Frontex informó a los demandantes sobre la primera denuncia señalando que seguían a la espera de que concluyera la investigación interna por parte de la policía helénica.

Tuvo que pasar un año más para que, el 25 de noviembre de 2019, el responsable de derechos fundamentales informara a los demandantes de que la investigación había sido cerrada por la policía. Negando a su vez el acceso al informe por haber sido clasificado como «confidencial». Diez meses después de la notificación, el 6 de octubre de 2020, el responsable de derechos fundamentales envió a los demandantes su informe final y concluyó el procedimiento. Y dos días después, el 8 de octubre, los demandantes respondieron al responsable de derechos fundamentales indicando que el informe no abordaba el papel de Frontex en la *operación retorno*, ni daba respuesta a la segunda denuncia en relación a la inadecuada tramitación de la primera. El 13 de octubre respondió el responsable de derechos fundamentales reafirmando en el cumplimiento de sus obligaciones durante la tramitación de las denuncias.

Ante tales circunstancias, los demandantes acudieron al Tribunal General de la Unión Europea solicitándole que declarara que Frontex había incurrido en una conducta indebida con ellos, y que condenara a la Agencia a pagarles una indemnización de 96.212.55 euros por daños materiales y de 40.000 euros por daños morales, más los intereses.

Los demandantes alegaron que el comportamiento ilegal de Frontex antes, durante y después de la *operación retorno* les había causado daños de carácter material y moral. Pues si Frontex no hubiera incumplido sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales en el marco de operaciones conjuntas, no habrían sido devueltos ilegalmente a Turquía y habrían obtenido la protección internacional, dada su nacionalidad siria y la situación en Siria en el momento de los hechos.

Pero no lo ha considerado así el Tribunal General de la Unión que, en su reciente sentencia de 6 de septiembre de 2023, desestimó la demanda (condenando en costas a los demandantes) al considerar que estos no habían aportado suficientes pruebas que demostraran la relación causal directa entre el daño alegado y el comportamiento reprochado a Frontex. Pero del polémico fallo, que omite pronunciarse sobre cuestiones fundamentales, subyace la desalentadora idea de que el progresivo aumento de funciones de la Agencia no

está siendo acompañado de una mayor carga de responsabilidad. Lo que, sin duda, resulta alarmante. ¿Cómo llega el Tribunal a tal razonamiento?

1. Pronunciamiento del Tribunal General

A) *Sobre la admisibilidad*

En primer lugar, el Tribunal General tuvo que examinar la admisibilidad de la acción y responder a las alegaciones de Frontex, que consideraban que los demandantes debían haber interpuesto un recurso de anulación (art. 263 TFUE) frente al escrito notificado el 6 de octubre de 2020 por el agente responsable de derechos humanos; y no un recurso de responsabilidad extracontractual (art. 340 TFUE). Pues, según Frontex, los demandantes pretendían alcanzar el mismo resultado que habrían obtenido si hubiera prosperado un eventual recurso de anulación. Pero el Tribunal General desestimó dicha objeción reiterando que la demanda de indemnización ex art. 340 TFUE, párrafo segundo, es una acción autónoma que, por tanto, no requiere de la interposición de un recurso de anulación previo. Siendo contrario a la autonomía de la acción estimar su inadmisibilidad por el único motivo de que pueda conducir a un resultado similar al del recurso de anulación. De tal forma que solo puede considerarse un *abuso de proceso* cuando el recurso de indemnización tiene el mismo objeto y efecto que un recurso de anulación. Esto es, la revocación de una decisión individual, ya definitiva, dirigida a los demandantes.

Pero no ocurre así en el asunto enjuiciado pues, como señala el Tribunal General, los efectos de un recurso de anulación en los términos señalados por Frontex se habrían limitado a un nuevo examen de las denuncias de los demandantes por parte del responsable de derechos fundamentales. Mientras que la pretensión de los demandantes mediante la acción de responsabilidad es la reparación del daño material y moral que los demandantes afirman haber sufrido como consecuencia del comportamiento supuestamente ilegal de Frontex. Perjuicio que no es consecuencia del escrito del 6 de octubre de 2020. En este sentido, conviene reiterar la jurisprudencia del TJUE: «Mientras que los recursos de anulación y por omisión persiguen declarar la nulidad o la omisión en la adopción de un acto jurídicamente vinculante, el recurso de indemnización tiene por objeto la reparación de un perjuicio causado por un acto o un comportamiento ilícito imputable a una institución o a un órgano comunitario» (29) .

B) *Sobre el Fondo: elementos de la responsabilidad extracontractual*

El Tribunal comienza a examinar el fondo de la cuestión reiterando su jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual; según la cual, para que la Unión pueda incurrir en responsabilidad extracontractual por el comportamiento ilícito de sus instituciones u organismos, en el sentido del art. 340 TFUE, párrafo segundo, deben cumplirse una serie de requisitos acumulativos: la conducta debe ser ilícita, el daño sufrido debe ser real, y entre la conducta y el daño debe existir un vínculo de causalidad.

Analicemos dichos elementos:

a) • La conducta ilícita alegada por los demandantes

En el recurso interpuesto el 20 de septiembre de 2021 ante el Tribunal General los demandantes alegaron ocho conductas indebidas de la Agencia que vulneraban el Reglamento de Frontex; su

Procedimiento Operativo Normalizado; su Código de conducta; y el Reglamento que desarrolla su Mecanismo de Denuncia. Así, según los demandantes:

- Frontex no realizó la evaluación de riesgos exigida por el art. 34 del Reglamento 2016/1624, los pasos 1 y 2 del Procedimiento Operativo Normalizado (30) , y los arts. 18 y 19 de la CDFUE.
- Frontex tampoco adoptó las medidas «razonablemente exigibles» por el art. 34 del Reglamento 2016/1624, ni el Paso 1, apartado 2 del Procedimiento Operativo Normalizado; ni los arts. 18 y 19 de la CDFUE.
- Tampoco elaboró el plan operativo suficientemente pormenorizado que exigen los arts. 16 y 34 del Reglamento 2016/1624, y el Paso 2 del Procedimiento Operativo Normalizado.
- Durante la operación retorno Frontex no señaló las vulneraciones de derechos fundamentales, incumpliendo los arts. 22, 25, 28 y 34 del Reglamento 2016/1624, los arts. 18 y 19 de la Carta, el Paso 3 del Procedimiento Operativo Normalizado y el art. 4, ap. 3, letra a) del Código de Conducta (31) .
- Al no dar respuesta a las supuestas infracciones de los arts. 1, 4 y 24 de la Carta, incumplió los arts. 22 y 34 del Reglamento 2016/1624 y el art. 4 del Código de Conducta.
- Al no garantizar la supervisión efectiva de la operación retorno incumplió los arts. 28 y 34 del Reglamento 2016/1624.
- Frontex tampoco evaluó la operación retorno tal y como obligan los arts. 26 y 28 del Reglamento 2016/1624 y los pasos 4 y 5 del Procedimiento Operativo Normalizado.
- Y al no tramitar correctamente la denuncia de los demandantes, Frontex incumplió los arts. 34 y 72 del Reglamento 2016/1624, el art. 10 del Reglamento del Mecanismo de Denuncia (32) y los arts. 41 y 47 de la Carta.

b) • El daño alegado por los demandantes

Los demandantes alegan como daños materiales: el importe gastado para viajar a Grecia; el coste de alquilar una casa en Saruj y de comprar muebles; los gastos incurridos al huir a Irak; el alquiler pagado en Irak; el coste de la electricidad de su hogar en el Irak; las tasas escolares de los niños en Irak; los gastos para su subsistencia en Irak; y el coste de la asistencia jurídica para sus denuncias contra Frontex (33) . Mientras que alegan como daños morales: por un lado, el sentimiento de angustia causado por el vuelo de regreso a Turquía. En particular, el sufrido por los niños debido a que se les separó durante el vuelo y se les prohibió hablar; sumado al miedo de estos por la presencia de escoltas uniformados y agentes de policía. Y por otro lado, se alega el sentimiento de miedo y sufrimiento relacionado con un viaje extremadamente difícil y peligroso a Irak a través de las montañas cubiertas de nieve, motivado por el temor de ser devuelto a Siria por parte de las autoridades turcas (34) .

C) Examen de la relación de causalidad

Para los demandantes concurren los tres elementos necesarios para estimar la responsabilidad extracontractual, pues basaron la denuncia en la premisa de que, si Frontex no hubiera incumplido sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales en el marco de operaciones conjuntas, no habrían sido ilegalmente devueltos a Turquía, no habrían sufrido los daños materiales y morales alegados,

y habrían obtenido la protección internacional.

«Los demandantes alegan, en el presente asunto, que el comportamiento ilegal de Frontex antes, durante y después de la operación de retorno les causó daños reales y ciertos de carácter material y moral. Más concretamente, sostienen que, si Frontex no hubiera incumplido sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales en el marco de operaciones conjuntas, en particular el principio de no devolución, el derecho de asilo, la prohibición de la expulsión colectiva, los derechos del niño, la prohibición de tratos degradantes, el derecho a una buena administración y a un recurso efectivo, no habrían sido devueltos ilegalmente a Turquía y habrían obtenido la protección internacional a la que tenían derecho, dada su nacionalidad siria y la situación en Siria en el momento de los hechos» (35) .

Sin embargo, no lo estimó así el Tribunal. Para el Tribunal General de la Unión Europea la premisa sostenida por los demandantes es errónea al entender que Frontex no alcanza a tener competencia en ese ámbito. De la lectura del art. 27, ap. 1, letras a) y b), y del art. 28, ap. 1, del Reglamento 2016/1624, el Tribunal interpreta que las competencias de Frontex se limitan a proporcionar apoyo técnico y operativo a los Estados miembros (36) , de modo que no puede entrar a examinar el fondo de las decisiones de retorno ni de las solicitudes de protección internacional, que corresponde en exclusiva a los Estados miembros. Una interpretación que lleva al Tribunal a negar la necesaria relación de causalidad directa entre el comportamiento ilícito reprochado y el daño (los gastos suportados en Turquía e Irak y el daño moral causado por el vuelo de regreso a Turquía) (37) .

Además, en relación a los demás daños alegados, el Tribunal recuerda que estos deben ser consecuencia directa del comportamiento ilícito, y no de las decisiones que los demandantes adopten como reacción ante tal comportamiento. De tal manera, que esa relación de causalidad directa no se limita a observar si la ausencia de dicho comportamiento habría evitado el daño; sino que el daño debe haberse producido directamente por la acción ilícita. Lo que, para el Tribunal, no ocurre en relación a los gastos relativos al alojamiento, electricidad, matrícula escolar y manutención en Irak; pues no son resultado directo del comportamiento de Frontex sino de una elección de los demandantes (38) . Y en el mismo sentido niega que el gasto derivado de la asistencia jurídica para sus denuncias contra Frontex pueda imputarse a la acción de la propia Agencia, por no ser obligatoria en el procedimiento administrativo (39) .

El Tribunal desestimó así el recurso de indemnización concluyendo que no se había demostrado la relación de causalidad directa entre el daño y el comportamiento reprochado, y condenando en costas a los demandantes como dispone el art. 134, ap. 1, del Reglamento de Procedimiento. Pero la polémica sentencia planteó importantes cuestiones al no entrar siquiera a valorar la conducta ilícita de Frontex. ¿Para qué sirve entonces la estrategia en materia de protección de los derechos humanos prevista en el Reglamento de la Agencia, si ésta puede participar en sus vulneraciones impunemente?

2. Las obligaciones de Frontex con los derechos humanos, ¿papel mojado?

En el caso se enjuiciaban las obligaciones de Frontex bajo el Reglamento 2016/1624 en el marco de una operación conjunta de retorno. Sin embargo, la sentencia no parece responder a las cuestiones claves, pues no aclara ni el alcance de las competencias de Frontex en materia de retorno, ni sus obligaciones para garantizar el respeto a los derechos fundamentales durante las operaciones conjuntas; que, en vista del fallo, parecen ser papel mojado.

Y es que el Reglamento 2016/1624 trató de delimitar las obligaciones de Frontex en materia de retorno entre sus arts. 27 a 33. Y en ellos se especifica, como señala el Tribunal, que Frontex no es competente para analizar los fundamentos de las decisiones de retorno (art. 28). Sin embargo, sí lo es para coordinar los aspectos técnicos y operativos de las operaciones; coordinar el empleo de los pertinentes sistemas informáticos; y organizar, promover y coordinar actividades que permitan el intercambio de información y la identificación en común. Así mismo, también es competente para facilitar la asistencia técnica y operativa a los Estados cuyos sistemas de retorno estén sometidos a retos particulares, asesorando y asistiendo en las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de retornados y evitar su huida. Asistiendo a los Estados mediante servicios de interpretación y proporcionando información relativa a terceros países de retorno. Además, también asesora a los Estados miembros sobre la aplicación de los procedimientos de retorno de acuerdo con la Directiva 2008/115/CE que, en su art. 1, señala que los procedimientos de retorno deberán adoptarse de conformidad con los derechos fundamentales. De lo que podría inferirse la obligación de asesorar a los Estados miembros para que, en la adopción de decisiones de retorno, se hagan de conformidad con los derechos fundamentales. Pero además, el Reglamento 2016/1624 prevé otras obligaciones relativas al respeto a los derechos más específicas.

Así, en el marco de las operaciones de retorno, se prevé que cuando surjan dudas sobre el respeto de los derechos fundamentales en el desarrollo de la misma, se comunique tal preocupación a los Estados miembros participantes y a la Comisión (art. 28.7º). Previendo además, que la financiación de las operaciones, intervenciones y otras actividades esté subordinada al pleno respeto de la Carta (art. 27.4º). Y son esenciales las previsiones en torno al plan operativo, que siendo vinculante para todos los Estados miembros participantes y para la Agencia, y diseñado por parte del director ejecutivo y el Estado miembro, deberá tomar en consideración la afectación a los derechos fundamentales (art. 16.3º y 28.4º). Además, con carácter general, el art. 22 dispone que el agente de coordinación, nombrado por el director ejecutivo y presente en todas las operaciones conjuntas, deberá supervisar «la correcta ejecución del plan operativo, incluido lo relativo a la protección de los derechos fundamentales» (art. 22.3º, letra b). Sin poder dejar de mencionar la que quizás sea la previsión más específica, la potestad del director ejecutivo de poner fin a las actividades de la Agencia y retirar su financiación cuando considere que en el marco de la misma se están produciendo vulneraciones graves o persistentes de derechos (art. 25.4º).

Por si esas disposiciones no fueran suficientes, el art. 34.1º dispone, con carácter general, la obligación de la Guardia Europea de Fronteras y Costas de proteger los derechos fundamentales en la realización de sus tareas de conformidad con el Derecho de la Unión y, especialmente, de la Carta y la Convención sobre el Estatuto de los refugiados. Una mención que, si bien no era necesaria al estar sometida a la fuerza de la Carta como agencia de la Unión, es sin duda conveniente.

El derecho de acceso al procedimiento de protección se complementa, como parte de su contenido, pero sobre todo derivado del art. 19 de la Carta, con el principio imperativo de no devolución

A pesar de todo, el Tribunal no se pronunció sobre si se habían vulnerado los derechos fundamentales (aunque en los hechos queda reflejado el retorno de los solicitantes de protección a Turquía). Ni siquiera se pronunció sobre una pieza fundamental, el Plan operativo, que el Tribunal inadmite por haber sido presentado fuera de la fase escrita (40). Se limita a señalar la falta de competencias de Frontex para examinar las decisiones de retorno y las solicitudes de protección internacional, negando con ello la relación de causalidad entre los daños alegados y sus actuaciones. Sin embargo, debemos señalar a este respecto que la obligación de los agentes de Frontex no es asegurar la concesión de un derecho al asilo; que es, tal y como ha sido concebido por el Derecho internacional, una prerrogativa estatal. Sin embargo, el contenido del art. 18 debe entenderse como un derecho procedimental, un derecho de acceso al procedimiento de protección internacional que se ve lesionado si se aleja al solicitante o potencial solicitante (tras expresar el deseo de solicitar protección) del Estado de acogida. De modo, que no se vulnera mediante su denegación; sino mediante aquellas prácticas que impiden el acceso a un procedimiento de protección con todas las garantías. Aunque el Tribunal tampoco se pronunció sobre la responsabilidad de Frontex al vulnerar este derecho, limitándose a señalar que la Agencia no es competente para decidir sobre el fondo de las solicitudes.

Pero además, este derecho de acceso al procedimiento de protección se complementa, como parte de su contenido, pero sobre todo derivado del art. 19 de la Carta, con el principio imperativo de no devolución. No pudiendo dejar de señalar a este respecto, lo insólito que resulta que el Tribunal no haya examinado en la sentencia el respeto a esta norma de *ius cogens* por parte de quienes ejecutan el traslado.

En este punto, y habiendo señalado previamente cuales son las obligaciones de Frontex con los derechos humanos, resulta oportuno recordar que esas obligaciones se contemplan como obligaciones positivas. No bastando para su cumplimiento la mera abstención, sino que exigen una actuación para garantizar de manera efectiva esos derechos, dentro de su ámbito competencial. Y en este sentido, el art. 34.2º prevé que: «en el ejercicio de sus funciones, la Guardia Europea de Fronteras y Costas garantizará que no se desembarca, se fuerza a entrar o se traslada a una persona a un país, ni se le entrega o retorna a sus autoridades, si ello vulnera el principio de no devolución, o si existe el riesgo de que sea expulsada o retornada de tal país o a otro vulnerando dicho principio».

Teniendo en cuenta todas estas disposiciones, parece evidente que Frontex tenía a su disposición medidas para frenar, o al menos advertir, las violaciones de derechos que se producirían si se llevaba a cabo la operación de retorno de solicitantes de protección que además, incluía en el caso de los demandantes a menores de corta edad. De tal modo que, presuponiendo que se hayan producido las violaciones de derechos humanos alegadas por los demandantes (y sobre las que el Tribunal no se pronunció), eso nos llevaría a señalar que Frontex incumplió sus obligaciones. Pues, a pesar de que Frontex no es responsable de la adopción de la decisión de retorno; y aunque se acoja la idea de que tampoco lo era en el caso concreto de la ejecución de la misma, sí que ha incumplido los deberes de supervisión y respeto a los derechos fundamentales a los que está sujeta. No activando, en consecuencia, los mecanismos previstos por el Reglamento ante tales circunstancias y, en especial, el art. 25 que permite al director ejecutivo retirar la financiación y suspender sus actividades en caso de violaciones graves o persistentes de derechos. Y en este sentido resulta muy oportuno recordar, la jurisprudencia del TJUE en relación a la responsabilidad por omisión. Pues, como ha señalado M. Fink, la omisión genera responsabilidad cuando el Derecho de la Unión dispone la obligación de actuar (41).

La misma autora, experta en la materia, señala en su dictamen pericial emitido para este asunto, la existencia

de un nexo causal entre tal incumplimiento por parte de Frontex y el daño causado a los demandantes. Señalando que no puede negarse esa relación de causalidad por el hecho de que la infracción de Frontex no haya sido el único causante de tales daños. De tal manera que, aunque el Estado sea responsable por sus actos, también debe serlo Frontex si el cumplimiento de sus obligaciones (de supervisar y actuar para garantizar el respeto a los derechos en el marco de sus funciones) hubiera podido evitar esa conducta ilícita por parte del Estado y proteger a los solicitantes (42) . En este sentido, parece incomprensible que el Tribunal General no se pronunciara tampoco sobre la responsabilidad solidaria entre el Estado miembro y la Agencia; tal y como se deduce de los arts. 5 y de los Considerando n° 6 y 20. Y en este contexto, resulta oportuno recordar las palabras de quien fuera el comisario europeo de Migración, Asuntos de Interior y Ciudadanía, cuando se aprobó el Reglamento 2016/1624, que consideró que esta norma suponía la realización de «los principios de responsabilidad y solidaridad compartidas entre los Estados miembros y la Unión» (43) . A la vista de esta sentencia, parece que esa responsabilidad compartida no se logró, y la idea que subyace es un arriesgado fortalecimiento para un organismo cada vez más esencial, autónomo y poderoso; que sin embargo no parece asumir una responsabilidad equivalente.

IV. El necesario replanteamiento de la responsabilidad de Frontex bajo el Reglamento 2019/1896

Bajo la controvertida sentencia subyace el debate de la responsabilidad de las Agencias europeas. Una cuestión tan necesaria como controvertida, dada la contribución de las Agencias europeas al desarrollo del poder ejecutivo europeo (44) . Pero debido al papel tan significativo que desarrollan, el desafío radica en alcanzar un equilibrio entre su autonomía y un control suficiente a fin de «evitar que se conviertan en centros incontrolados de poder arbitrario» (45) . Y por ello, se ha señalado como principal cuestión en torno a las mismas «la necesidad de alcanzar unas líneas claras de responsabilidad que rijan» sus acciones (46) . Sin embargo, al menos en el caso de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, estas líneas no han resultado suficientemente precisas.

En este sentido, Frontex ha defendido desde sus inicios que en caso de vulneración de derechos solo puede exigirse responsabilidad a los Estados miembros. De hecho, en el informe del Defensor del pueblo europeo de 2012, al que nos hemos referido previamente, se criticó esta autopercepción de la agencia:

«El Defensor del Pueblo se niega a aceptar que Frontex no asuma la responsabilidad de las acciones que lleva a cabo el personal que se encuentra a su cargo. Dicha responsabilidad, en ciertos casos, puede ser compartida con el Estado miembro en cuestión, pero es inadmisibles que Frontex esté exento de cualquier responsabilidad y que, por tanto, no haga frente a las reclamaciones derivadas de acciones en las que ha participado (47) ».

Una postura que compartió la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en abril de 2013 al señalar como una «mentalidad peligrosa» aquella «que considera que las actividades de Frontex no son más que las de los Estados miembros, y que las responsabilidades recaen en cada uno de los Estados miembros y no en la Agencia» (48) .

Parece evidente que Frontex continua el proceso de «agencificación» que está

intensificándose en el espacio de Libertad Seguridad y Justicia, sin embargo, la cuestión de su responsabilidad continúa plagada de incertidumbre, pues parece orientarse a la realización del trabajo sucio de los Estados

La cuestión, que ya entonces resultaba polémica, se ha vuelto más compleja con cada nueva ampliación de poderes. Lo que, como se ha señalado previamente, motivó la incorporación y el desarrollo de una estrategia de derechos humanos. Sin embargo, el caso analizado ha puesto de manifiesto las debilidades de esos mecanismos de garantía de los derechos; al tiempo que evidencia que Frontex no ha cambiado su postura en torno a su responsabilidad. Pero, ¿acaso es comparable la capacidad operativa que tenía Frontex cuando comenzó en 2004 a la que tenía en 2016 (49) , o a la actual?

El desalentador fallo del Tribunal, que presenta a Frontex como la agencia de apoyo que era en sus inicios, no da pistas sobre la responsabilidad de Frontex bajo el Reglamento 2019/1986. Pero parece difícil que el Tribunal pueda reiterar sus argumentos bajo el Reglamento 2019/1896 (50) que, aunque no ha alcanzado a centralizar por completo la gestión de las fronteras externas; sí ha conferido poderes ejecutivos y coercitivos al nuevo personal estatutario (51) , facultado para identificar a las personas interceptadas; autorizar o denegar su entrada; sellar los documentos de viaje; expedir o denegar visados de frontera; vigilar las fronteras y adoptar medidas contra quienes crucen la frontera ilegalmente «incluida la interceptación/detención»; registrar sus huellas dactilares; contactar con terceros países para la identificación de personas y la obtención de documentos de viaje; y escoltar a nacionales de terceros países para el retorno forzoso (52) . Funciones que, pese a estar sujetas a la autorización previa del Estado de acogida ex art. 82, conllevan un cierto grado de discrecionalidad difícilmente controlable (53) , que evidencian el papel hacia el que se dirige la Agencia en la gestión integrada de fronteras, en general y aún más en materia de retorno; donde la Comisión definió su futuro papel, dentro del nuevo Pacto Migratorio, como «de liderazgo» y alentó su conversión para ser «el brazo operativo de la política de retorno de la UE» (54) .

Con este panorama, parece evidente que Frontex continua el proceso de «agencificación» que está intensificándose en el espacio de Libertad Seguridad y Justicia. Sin embargo, la cuestión de su responsabilidad continúa plagada de incertidumbre. Lo cual resulta alarmante al referirnos a una agencia tan controvertida, que parece estar instrumentalizándose para hacer el trabajo sucio de los Estados evadiendo toda responsabilidad. En este punto, urge reclamar al Tribunal de Justicia que se pronuncie corrigiendo esta línea marcada en el asunto T-600/21, en favor de una mejor equiparación entre poderes y responsabilidades. Y para ello tiene una nueva oportunidad con el caso T-136/22, relativo a otra demanda por responsabilidad extracontractual en relación, esta vez, a una expulsión colectiva. Esperemos que en esta ocasión se reconozca el papel de Frontex en el diseño y ejecución del Plan Operativo o la responsabilidad compartida por la asistencia en la ejecución de la medida. De lo contrario, nos acercamos a la legitimación de un organismo poderoso e irresponsable.

V. Reflexiones finales en torno a la política migratoria europea

El estudio jurídico de Frontex pone de relieve la orientación securitaria de la política migratoria de la Unión Europea y su planteamiento en los últimos años como un *Derecho de excepción permanente*, construido

mediante la sucesión de *crisis* migratorias frente a las que los Estados siguen percibiéndose indefensos. Una estrategia, cuyas graves consecuencias sobre los derechos de los inmigrantes y solicitantes de protección internacional parecen justificadas por un prioritario y obsesivo objetivo de lucha contra la inmigración ilegal que parece excusar los medios empleados. Pero no es así.

Y es que no puede olvidarse que, aunque la salvaguarda de las fronteras es un fin legítimo dentro del poder soberano de los Estados, existe un límite a dicha actuación, conformado por la prohibición de *non refoulement* como norma de *ius cogens* (55). Un principio imperativo cuya fuerza parece debilitarse al diluirse la responsabilidad de quien lo vulnera; al tiempo que se construye un discurso políticamente conveniente en torno a la cuestionable consideración de *país seguro* para quienes resultan aliados geoestratégicos en la construcción de la Europa fortaleza como Marruecos, Libia o Turquía.

Y, sin duda, al planteamiento de esa *Europa fortaleza*, acentuado aún más en las propuesta del Pacto Migratorio, subyace la voluntad de los Estados de eludir sus obligaciones de Derecho Internacional y Supranacional; cuyo respeto exige un gasto social destinado a la acogida e inclusión de los migrantes y solicitantes de protección internacional, que aquellos no quieren afrontar. En consecuencia, los flujos migratorios se han configurado como una amenaza frente a la que se han dispuesto tres niveles de seguridad: las fronteras internas, consideradas como un último bastión. Los muros externos, esto es, el reforzamiento de las fronteras estatales que, como en Grecia, Italia o España, son, a la vez, fronteras de Europa. Y los controles externalizados en terceros Estados, a los que Europa, o los diferentes EEMM, han nombrado centinelas de sus fronteras pese a su cuestionable respeto a los derechos humanos.

Pero dentro de la espiral securitaria sobre la que pivota la política migratoria europea, resulta especialmente alarmante el trato que la Unión Europea ha proporcionado en los últimos años a los solicitantes de protección internacional (no europeos) que llegan mayoritariamente de manera irregular a nuestro territorio. Y que, con frecuencia, son expuestos a condiciones de acogida indignas, cuando no directamente retornados, como en el caso analizado. Este rechazo al solicitante se debe al desplazamiento de la política de protección internacional por parte de las políticas de inmigración y de gestión de fronteras, que comparten un objetivo común de lucha contra la inmigración irregular.

En este contexto se han evidenciado los desequilibrios y la descoordinación entre estas políticas de inmigración, gestión de fronteras y protección internacional; y que responden a la clásica dicotomía entre seguridad y derechos. Pero no podemos dejar de señalar la complejidad de elaborar una política de protección internacional coherente dentro de una más amplia política migratoria, que prioriza la lucha contra la inmigración ilegal al tiempo que desincentiva la migración proveniente de una mayoría de Estados, reduciendo las vías legales de acceso. Máxime, cuando la política de protección se ha articulado sobre un incomprensible requisito de territorialidad que exige al solicitante estar presente en suelo europeo para acceder al procedimiento, sin prever vías legales para ello.

El objetivo de la política migratoria europea es evidente: frenar la inmigración de determinados territorios a toda costa. Que no lleguen a Europa, y si lo hacen, que sean devueltos. Un planteamiento de la política migratoria que responde al intento de los Estados por eludir sus obligaciones de Derecho Internacional y europeo mediante la externalización de fronteras con terceros Estados; y diluyendo su responsabilidad en la protección de sus fronteras entre los distintos agentes implicados. Pero ese desdén al principio de *no devolución* y al derecho de acceso al procedimiento de protección deslegitima la estrategia migratoria y revela

una peligrosa deriva política de la Unión que pone en cuestión su propia naturaleza como Comunidad de Derecho.

Sin duda, el futuro del proyecto de integración europeo depende de la salvaguarda de las líneas rojas que conforman su Constitución Material, esto es, el Estado de Derecho, la democracia y el respeto a los derechos humanos. Y la política migratoria no puede suponer una excepción. Por ello, y en aras de la propia efectividad del Derecho de la Unión, es necesario encontrar un equilibrio entre estas tres políticas de inmigración, gestión de fronteras y protección internacional, donde la preservación de las fronteras y la lucha contra la inmigración ilegal no sea en detrimento del derecho a solicitar protección internacional. Y, ante las atrocidades que siguen ocurriendo en las fronteras europeas, urge también un replanteamiento de la responsabilidad de los Estados miembros y de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas desde una perspectiva constitucional de limitación del poder. Pues Frontex está llamada a desempeñar un papel fundamental en el futuro de la política migratoria europea, pero no puede concebirse como un *poder salvaje*.

A la espera de nuevos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este sentido, solo podemos recordar las palabras de H. Arendt: «Donde todos son culpables, nadie lo es; las confesiones de una culpa colectiva son la mejor salvaguarda contra el descubrimiento de los culpables, y la magnitud del delito es la mejor excusa para no hacer nada» (56) .

VI. Bibliografía

- ACOSTA PENCO, M.T., «La guardia europea de fronteras y costas. ¿Un nuevo Frontex?». *Revista de Estudios Europeos*, n° 71 2018, pp. 86-101.
- ACOSTA SÁNCHEZ, M.A. y DEL VALLE GALVEZ, A., «La crisis de los cayucos. La Agencia europea de fronteras-frontex y el control marítimo de la inmigración clandestina», *Tiempo de Paz*. N° 83. 2006, pp. 19-30.
- ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., «La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas: una necesaria evolución de Frontex», *IEE*, N 108/2016.
- ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., «Reglamento 2019/1896/UE sobre la guardia europea de fronteras y costas: ¿Frontex 3.0?» *Boletín Instituto Español de Estudios Estratégicos IEEE*. N° 16, 2019, pp. 646-666.
- BLASI CASAGRAN C. e ILLAMOLA DAUSÀ M. (coords), *El control de las agencias del Espacio e Libertad Seguridad y Justicia*, Macial Pons, 2016.
- CARRERA, S. y DEN HERTOOG L., «A European Border and Coast Guard: What's in a name? *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*. No. 88/ March 2016.
- DE BRUYCKER, P., «The European Border and Coast Guard: a new model built on and old logic». *European Papers*, 1, 2016, pp. 559-69.
- ESTEVE GARCÍA, F., «El Control judicial de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» En Blasi Casagran C. y Illamola Dausà M. (coords), *El control de las agencias del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia*. Marcial Pons. 2016, p. 81-104.
- FERNÁNDEZ ROJO, D., «Reglamento 2016/1624: de FRONTEX a la Guardia Europea de Fronteras y Costas».

Revista General de Derecho Europeo, 41, pp. 223-251.

- FERNÁNDEZ ROJO, D., «Los poderes ejecutivos de la guardia europea de fronteras y costas: el Reglamento 2016/1624 al Reglamento 2019/1896», *Revista Catalana de Dret Public*, n° 60, 2020, pp. 181-195.
- FINK, M., *Expert Opinion: Case T-600/21 WS and Others v Frontex*. Escrito 3 de febrero de 2022. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=4553835>.
- JORDANA SANTIAGO, M., «El control de la Comisión y el Consejo a las Agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia». En: Blasi Casagran C. y Illamola Dausà M. (Coords) *El control de las agencias del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia*. Marcial Pons. 2016. P. 21-46.
- MUNGIANU, R., *Frontex and non refoulement: the international responsibility of the EU*. Cambridge University Press 2016.
- PEERS, S., «The Reform of FRONTEX: Saving Schengen at Refugees' Expense?», *EU Law Analysis*, 16 de diciembre de 2015.
- SANTOS VARA, J., «La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 59. P. 143-186. P. 144-186.
- SOLER GARCÍA, C., «La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 34 2017.

(1) Art. 1.2º del Reglamento 2007/2004: «Teniendo en cuenta que el control y la vigilancia de las fronteras exteriores competen a los Estados miembros, la Agencia facilitará y hará más eficaz la aplicación de las disposiciones comunitarias existentes y futuras en materia de gestión de las fronteras exteriores. Para ello, asegurará la coordinación de las actuaciones de los Estados miembros para aplicar dichas disposiciones, contribuyendo así a la eficacia, calidad y uniformidad del control de las personas y de la vigilancia de las fronteras exteriores de los Estados miembros ».

Ver Texto

(2) Art. 1.3º del Reglamento 2007/2004: «Asimismo, la Agencia pondrá a disposición de la Comisión y de los Estados miembros la asistencia técnica y los conocimientos especializados necesarios en materia de gestión de las fronteras exteriores y favorecerá la solidaridad entre los Estados miembros».

Ver Texto

(3) M.A. Acosta Sánchez, y A. Del Valle Gálvez, A. «La crisis de los cayucos. La Agencia europea de fronteras-frontex y el control marítimo de la inmigración clandestina», *Tiempo de Paz*. N° 83. 2006, p. 19.

Ver Texto

(4) Reglamento (CE) 863/2007 del PE y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados (DO L 199/30, de 31 de julio de 2007).

[Ver Texto](#)

- (5) I. Laitinen, *Frontex-facts and myths*. Comunicado de prensa de 11 de junio de 2007. El texto íntegro de la declaración se encuentra disponible para consulta en la página web de Frontex: <https://www.frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/frontex-facts-and-myths-BYxkX5>.

[Ver Texto](#)

- (6) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe sobre la evaluación y el desarrollo futuro de la Agencia Frontex, COM (2008) 67 final, 13 de febrero de 2008 Apdo.9: «los resultados cuantificables alcanzados hasta ahora son impresionantes: entre 2006 y 2007, durante estas operaciones, se ha interceptado o negado la entrada en la frontera a más de 53 000 personas. Se han detectado más de 2 900 documentos de viaje falsos o falsificados y se ha arrestado a 58 facilitadores de migración ilegal ».

[Ver Texto](#)

- (7) *Ibid.*, ap. 15.

[Ver Texto](#)

- (8) M.A Acosta Sánchez, «La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas: una necesaria evolución de Frontex » *IEE* N 108/2016, p. 14.

[Ver Texto](#)

- (9) Reglamento 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 que modifica el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

[Ver Texto](#)

- (10) Art. 26 *bis* incluido a través del Reglamento 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 que modifica el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

[Ver Texto](#)

- (11) Art. 2 *bis* incluido a través del Reglamento 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 que modifica el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

[Ver Texto](#)

- (12) Art. 3.1º *bis* del Reglamento 1168/2011.

[Ver Texto](#)

- (13) C. Soler García: «La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional » *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 34, 2017, p. 35.

[Ver Texto](#)

- (14) El informe especial del Defensor del Pueblo Europeo relativo a su investigación de oficio OI/5/2012/BEH MHZ sobre Frontex señala: «El Defensor del Pueblo llegó a la conclusión de que, en líneas generales, Frontex había hecho progresos razonables para cumplir con las obligaciones que le incumben en virtud de la Carta y el Reglamento. No obstante, el Defensor del Pueblo detectó que Frontex carece de mecanismos con los que gestionar incidentes concretos de alegaciones de infracción de los derechos

fundamentales que puedan producirse en el curso de su actividad (...) El Defensor del Pueblo recomendó a Frontex que implantase un mecanismo que le permitiese gestionar directamente las reclamaciones de las personas que alegasen que la Agencia había vulnerado sus derechos fundamentales ». El texto, de máximo interés para las cuestiones tratadas en este trabajo, está disponible para consulta en: https://www.ombudsman.europa.eu/es/special-report/es/52465#_ftn3 última consulta el 4 de octubre de 2023.

Ver Texto

(15) El Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, DO L251/1 (2016). El Mecanismo de denuncia se encuentra regulado en el art. 72.

Ver Texto

(16) Art. 3 del Reglamento 2016/1624: «La Guardia Europea de Fronteras y Costas estará compuesta por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (en lo sucesivo, la "Agencia ") y las autoridades nacionales de los Estados miembros responsables de la gestión de las fronteras, incluidos los guardias de costas en la medida en que lleven a cabo tareas de control fronterizo ».

Ver Texto

(17) Comisión Europea. (2015). Una agenda europea de migración (COM(2015) 240 final), p. 20.

Ver Texto

(18) Lo que implicó, como señala oportunamente D. Fernández-Rojo, que la Comisión no llevara a cabo una evaluación de impacto. D. Fernández-Rojo: «Los poderes ejecutivos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: del Reglamento 2016/1624 al Reglamento 2019/1896 ». *Revista Catalana de Dret Public*. N° 60 2020, p. 181-195.

Ver Texto

(19) D. Fernández-Rojo 2020, *op. cit.*, p. 184.

Ver Texto

(20) J. Santos Vara: «La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras? ». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 59, pp. 143-186, esp. p. 147.

Ver Texto

(21) Considerando n° 11 del Reglamento 2016/1624: «Para reflejar estos cambios, debe cambiarse su nombre por el de Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, que seguirá siendo conocida usualmente como "Frontex".

Ver Texto

(22) P. De Bruycker: «The European Border and Coast Guard: a new model built on and old logic ». *European Papers*, 1 2016, p. 564. El autor añade: «But there is more. Art. 3, para. 1, of the Proposal, following which "the EBCG Agency and the national authorities of Member States which are responsible for border management shall constitute the EBCG" is a rather strange and complicated provision. The EBCG appears to be a legal fiction composed of the new European Agency that will replace Frontex and the national border guards».

Ver Texto

(23) En este sentido, S, Carrera y L. den Hertog, «A European Border and Coast Guard: What's in a name? *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n° 88/ March 2016.

Ver Texto

(24) Aunque, como señala C. Soler, habría sido conveniente que esa evaluación de vulnerabilidad incluyera también la capacidad del

Estado para dar protección efectiva en materia de derechos humanos a los nacionales de terceros Estados que lleguen a sus fronteras, y no limitarla a la disponibilidad de recursos humanos y financieros. C. Soler García, *op. cit.*, 2018, p. 17.

Ver Texto

(25) Denominación empleada por el Comité Económico y Social Europeo en sus Dictámenes del 517º Pleno los días 25 y 26 de mayo de 2016 C 303/15 (DO C 303 de 16.8.2016), pp. 109 ss.

Ver Texto

(26) Como señala C. Soler García, *op. cit.*, 2018, p. 19. Y en el mismo sentido S. Peers, señaló que esta competencia es contraria al art. 72 del TFUE y 4.2 del TUE al suponer una injerencia en las funciones esenciales del Estado. Concluyendo el autor la Unión Europea es competente para establecer normas sobre los controles fronterizos y controlar su aplicación por parte de los Estados miembros, pero no para sustituir a los Estados mediante medidas de coerción. Véase S. Peers: «The Reform of FRONTEX: Saving Schengen at Refugees' Expense? », *EU Law Analysis*, 16 de diciembre de 2015, disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/search?q=the+reform+of+FRONTEX>.

Ver Texto

(27) D. Fernández Rojo, «Reglamento 2016/1624: de FRONTEX a la guardia europea de fronteras y costas ». *Revista General de Derecho Europeo*, nº 41, 2017, pp. 223-251.

Ver Texto

(28) Es importante puntualizar que el Reglamento 2016/1624, que estaba en vigor en el momento de los hechos, fue sustituido por el Reglamento 2019/1896. Sin embargo, durante este apartado haremos referencia únicamente al Reglamento 2016/1624 por ser de aplicación al caso concreto.

Ver Texto

(29) SSTJUE de 10 de julio de 1985 C-118/83 *CMC c. Comisión*; de 27 de marzo de 1990 C-308/87 *Grifoni*; de 23 de marzo de 2004 C-234/02.

Ver Texto

(30) Decisión n.º 2012/87 del Director Ejecutivo, de 19 de julio de 2012, de adopción del Procedimiento Operativo Normalizado de Frontex para garantizar el respeto de los derechos fundamentales en las operaciones conjuntas de Frontex y proyectos piloto.

Ver Texto

(31) Decisión n.º 2013/67 del Director Ejecutivo, de 7 de octubre de 2013, de adopción del Código de Conducta para operaciones de retorno conjuntas coordinadas por Frontex.

Ver Texto

(32) Decisión n.º R-ED-2016-106 del Director Ejecutivo, de 6 de octubre de 2016, sobre el Mecanismo de Denuncia.

Ver Texto

(33) STJUE de 6 de septiembre de C-600/21 §58.

Ver Texto

(34) *Ibid.*, §59.

Ver Texto

(35) *Ibid.*, §57.

Ver Texto

(36) *Ibid.*, § 64 «First, under Article 27(1)(a) and (b) and Article 28(1) of Regulation 2016/1624, as regards return operations, Frontex's task is only to provide technical and operational support to the Member States and not to enter into the merits of return decisions».

Ver Texto

(37) STJ 6 de septiembre de 2023, C-600/21 §66.

Ver Texto

(38) *Ibid.*, §67-69.

Ver Texto

(39) *Ibid.*, §70.

Ver Texto

(40) *Ibid.*, §47-51.

Ver Texto

(41) M. Fink: Expert Opinion: *Case T-600/21 WS and Others v Frontex (February 3, 2022)*. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=4553835>. La autora cita la sentencia KYDEP, de 15 de septiembre de 1994 asunto C-1466/91.

Ver Texto

(42) M. Fink. 2022, *op. cit.*

Ver Texto

(43) Consejo de la UE. (6 de octubre de 2016). Protección de las fronteras exteriores de Europa: se pone en marcha la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas [Comunicado de prensa 555/16]. Declaración del Comisario de Migración, Asuntos de Interior y Ciudadanía, Dimitris Avramopoulos: «El día de hoy constituye un hito en la historia de la gestión de las fronteras europeas. De ahora en adelante, la frontera exterior de la UE de un Estado miembro es la frontera exterior de todos los Estados miembros, tanto desde el punto de vista jurídico como operativo. En menos de un año, hemos creado un verdadero sistema europeo de guardia de fronteras y costas, haciendo realidad los principios de responsabilidad y solidaridad compartidas entre los Estados miembros y la Unión. Es exactamente la respuesta que necesitamos de Europa para poder hacer frente a los retos en materia de seguridad y migración del siglo XXI».

Ver Texto

(44) M. Jordana Santiago, «El control de la Comisión y el Consejo a las Agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en Blasi Casagran C. y Illamola Dausà M. (coords), *El control de las agencias del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia*. Marcial Pons, 2016, p. 22.

Ver Texto

(45) F. Esteve García, «El Control judicial de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en *Blasi Casagran C. y Illamola Dausà M. (Coords) El control de las agencias del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia*, Marcial Pons. 2016, p. 82.

Ver Texto

- (46) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo-Agencias europeas-Orientaciones para el futuro SEC (2008) 323. COM/2008/0135 final de 11 de marzo de 2008.
- [Ver Texto](#)
- (47) Informe especial del Defensor del Pueblo Europeo relativo a su investigación de oficio OI/5/2012/BEH MHZ sobre Frontex
- [Ver Texto](#)
- (48) Resolución 1932 (2013) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 25 de abril de 2013 *Frontex: Responsabilidades en materia de derechos humanos: «There is still a dangerous mindset which views Frontex's activities as being no more than those of member States, with responsibilities lying with individual member States and not with the Agency. While progress has been made in accepting that this is not always the case, the recourse to this argument is still too frequently made when looking at issues involving human rights responsibilities».*
- [Ver Texto](#)
- (49) Sirva para corroborar el crecimiento de la Agencia el aumento de su presupuesto a lo largo de su historia: mientras que en 2004 la Agencia contaba con un presupuesto anual que rondaba los seis millones de euros y 57 trabajadores; en 2016, el momento de los hechos, su presupuesto ascendía a los 254 millones de euros y su personal a cargo era de 417 personas. En 2023, el presupuesto de Frontex era de 845,4 millones de euros.
- [Ver Texto](#)
- (50) Reglamento (UE) 2019/1986 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos UE nº 1052/2013 y UE 2016/1624.
- [Ver Texto](#)
- (51) Sobre los nuevos poderes conferidos por el Reglamento 2019/1986 nos remitimos de nuevo al brillante artículo de D. Fernández-Rojo: «Los poderes ejecutivos de la guardia europea de fronteras y costas: del Reglamento 2016/1624 al Reglamento 2019/1896 ». *Revista Catalana de Dret Públic*. 60, pp. 181-185.
- [Ver Texto](#)
- (52) Art. 55.7º del Reglamento 2019/1986.
- [Ver Texto](#)
- (53) D. Fernández Rojo, 2019, *op. cit.*, p. 193. El autor señala además que estos poderes discrecionales suponen una interpretación forzada de los tratados: «que establecen a los Estados miembros como responsables en última instancia y en exclusiva de su seguridad interna y vigilancia fronteriza ».
- [Ver Texto](#)
- (54) Comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. COM (2020) 609 final. Bruselas. 23 de septiembre de 2020, ap. 2.5: «Frontex debe desempeñar un papel de liderazgo en el sistema común de retorno de la UE, haciendo que los retornos funcionen bien en la práctica. Debería ser prioritario para Frontex convertirse en el brazo operativo de la política de retorno de la UE, con el nombramiento de un director ejecutivo adjunto específico e integrando más conocimientos especializados en materia de retorno en el Consejo de Administración».
- [Ver Texto](#)
- (55) Para profundizar se recomienda la lectura de la obra de J. Abrisketa Uriarte, «La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del *non-refoulement*», *Revista de Derecho Comunitario*

Europeo, 56, 2017, pp. 119-158 .

[Ver Texto](#)

(56) H. Arendt, *Sobre la Violencia*.(1970) Ed. Ciencia Política. Alianza.Editorial. ed. 2005. p. 87.

[Ver Texto](#)