

LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS: ¿UN AVANCE RESPECTO A FRONTEX? UNA VALORACIÓN PROVISIONAL

THE EUROPEAN BORDER AND COAST GUARD: AN IMPROVEMENT ON FRONTEX? A PROVISIONAL ASSESSMENT

Carolina Soler García*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. DE FRONTEX A LA AGENCIA DE LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS. III. LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA AGENCIA Y LOS MEDIOS HUMANOS, TÉCNICOS Y FINANCIEROS. IV. LAS NO MUY NOVEDOSAS MEDIDAS PARA LA GESTIÓN DE FRONTERAS. V. LA COOPERACIÓN CON LOS ESTADOS MIEMBROS Y CON TERCEROS ESTADOS EN MATERIA DE RETORNO. VI. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS OPERACIONES DE LA AGENCIA. VII. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: La grave crisis migratoria que ha afectado a la Unión Europea y sus Estados miembros en los últimos años, ha puesto en evidencia las limitaciones que presentan las actuaciones de la Agencia FRONTEX para hacerle frente. Con la adopción del Reglamento 2016/1624, se crea la Guardia Europea de Fronteras y Costas, que sustituye a FRONTEX y da continuidad a todas sus operaciones. El presente estudio está dedicado al análisis de esta nueva Agencia de la Unión Europea, tomando siempre como referente las actuaciones llevadas a cabo por su antecesora, FRONTEX. Como aspectos positivos que presenta la normativa que regula la Guardia Europea de Fronteras y Costas, cabe destacar que se prevé la creación de un contingente de reacción rápida permanente; se contempla una mayor financiación; se le atribuye competencias para organizar operaciones de retorno y se establece un mecanismo interno de denuncias. No obstante, en una valoración provisional, estos desarrollos normativos no parecen suficientes para resolver todas las limitaciones que presentaba FRONTEX con el objetivo de ofrecer una respuesta efectiva a la grave crisis migratoria. En última instancia, siempre se debe de tener en cuenta que, en gran medida, los Estados miembros siguen siendo los principales responsables de gestionar sus fronteras externas.

Fecha de recepción del original: 28 de abril de 2017. Fecha de aceptación de la versión final: 3 de agosto de 2017

*.Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alicante. Correo electrónico: carolina.soler@ua.es. Este trabajo se enmarca dentro de las actividades de investigación desarrolladas como miembro del proyecto de investigación “La Unión Europea frente a los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho internacional (II)” (DER2015-63498-C2-2-P [MINECO/FEDER]). La autora agradece las observaciones que los evaluadores llevaron a cabo sobre este trabajo

ABSTRACT: The serious migratory crisis that has affected the European Union and its Member States in recent years has highlighted the limitations of the FRONTEX Agency's actions to tackle it. The European Border and Coast Guard was established by Regulation 2016/1624; it replaces FRONTEX and gives continuity to all its operations. The present study is dedicated to the analysis of this new Agency of the European Union, taking as a reference the actions carried out by its predecessor, FRONTEX. As a positive aspect of the regulations governing the European Border and Coast Guard, it should be noted that it is planned the creation of a permanent rapid reaction pool; increased funding is provided; powers to organize return operations are conferred and an internal complaints mechanism is established. However, in a provisional assessment, these normative developments do not seem sufficient to solve all the limitations presented by FRONTEX in order to provide an effective response to the serious migratory crisis. Ultimately, it must always be taken into account that Member States are still largely responsible for managing their external borders.

PALABRAS CLAVE: Crisis migratoria; Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; FRONTEX; Gestión de las fronteras externas; Guardia Europea de Fronteras y Costas.

KEYWORDS: *Migratory Crisis; Area of freedom, security and justice; FRONTEX; External Border Management; European Border and Coast Guard.*

I. INTRODUCCIÓN

La supresión de las fronteras internas con el fin de conseguir una zona única sin controles interiores, eleva la “frontera de un Estado Miembro” a una categoría supranacional, la de “frontera del Espacio Schengen”. Por ello, de forma directamente proporcional a dicha supresión, nace la necesidad de crear una política común en materia de gestión de fronteras que establezca unas normas comunes que regulen su cruce. Con este fin, se instaura un sistema integrado que permite una gestión común y compartida de las mismas, de conformidad con los arts. 67 y 77 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Ya en los orígenes de este mandato conjunto, concretamente en el Consejo Europeo en Tampere en 1999, se destacó la necesidad de una gestión eficaz de los flujos migratorios en todas las etapas. Para ello, era necesario el refuerzo en la cooperación y la asistencia técnica mutua entre los servicios de control fronterizo de los Estados Miembros¹.

La grave crisis migratoria que sufre la UE durante los últimos años, ha puesto en evidencia las debilidades y lagunas de la normativa adoptada por la UE sobre gestión fronteriza. En particular, se ha hecho patente la insuficiencia de medios de FRONTEX, para garantizar una gestión eficaz e integrada de las fronteras externas. Como ha destacado la propia Comisión Europea, las actuaciones de FRONTEX han puesto de manifiesto la escasez y dependencia de personal y medios técnicos, entre otras deficiencias. Lo que a su vez ha repercutido en la incapacidad de la UE a la hora de afrontar la grave crisis migratoria².

¹ Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, Conclusiones de la Presidencia, párs. 22 y ss.

² Comunicación de la Comisión al PE y al Consejo, “La Guardia Europea de Fronteras y Costas y una

Ante esta situación, en octubre de 2016 se aprobó el Reglamento con el que se crea la Guardia Europea de Fronteras y Costas (GEFC, en adelante Reglamento 2016/1624)³, con el principal objetivo de facilitar una gestión más integrada de las fronteras exteriores⁴. Este Reglamento crea una nueva Agencia Europea de Coordinación de las fronteras externas, con una base jurídica que le permite tener más competencias que su antecesora. Para el desempeño de estas competencias, el Reglamento de la GEFC propone dotar a la Agencia de mayores recursos humanos, técnicos y financieros de los que tenía FRONTEX.

El presente trabajo está dedicado al estudio de la nueva normativa que regula la GEFC, teniendo en cuenta las principales actuaciones llevadas a cabo por su antecesora, FRONTEX. A estos efectos, en el siguiente epígrafe se estudiarán los antecedentes y el procedimiento legislativo que ha permitido la creación de la GEFC (II). A continuación, será objeto de análisis la estructura orgánica de la Agencia, así como los medios humanos, medios técnicos y financieros de los que dispone (III). Después, se estudiarán las medidas para la gestión de fronteras, entre ellas, los equipos de apoyo a la gestión de la migración en los denominados “puntos críticos”; los análisis de riesgos y las evaluaciones de vulnerabilidad como antesala a la adopción de medidas urgentes; y las operaciones conjuntas y las operaciones fronterizas rápidas (IV). En el epígrafe que sigue, se abordan las competencias de la Agencia de la GEFC para cooperar con los Estados miembros en la expulsión de extranjeros de sus territorios nacionales; así como la cooperación operativa con terceros Estados (V). El penúltimo epígrafe está dedicado al análisis de los mecanismos de protección de los derechos humanos ante las posibles vulneraciones que puedan darse como consecuencia de las operaciones de la Agencia; concretamente, el mecanismo interno de denuncia creado por el Reglamento de la GEFC (VI). Con el epígrafe que cierra este trabajo se ofrece una valoración de conjunto y provisional de la nueva normativa que regula la GEFC (VII), con el objetivo de poder establecer si el Reglamento de la GEFC refleja un verdadero avance en el sistema de coordinación de las fronteras externas de la UE, o más bien, como ha sido denominado por algún autor, una suerte de FRONTEX+⁵.

gestión eficaz de las fronteras de Europa”, COM(2015) 673 final, 15 de diciembre de 2015, p. 2. Para un estudio sobre el balance de los principales resultados de las medidas adoptadas por la UE en la crisis de los refugiados, véase, CARRERA, S., BLOCKMANS, S., GROS, D., y GUILD, E., “The EU’s Response to the Refugee Crisis Taking Stock and Setting Policy Priorities”, *Centre for European Policy Studies*, nº 20, 16 diciembre 2015, 1-22.

³ Reglamento (UE) 2016/1624 del PE y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del PE y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 863/2007 del PE y del Consejo, el Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (*DOUE* L 251/1, de 16 de septiembre de 2016).

⁴ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del PE y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 2007/2004, el Reglamento (CE) nº 863/2007 y la Decisión 2005/267/CE, COM(2015) 671 final, de 15 de diciembre de 2015, p. 3.

⁵ CARRERA, S., y DEN HERTOOG, L., “A European Border and Coast Guard: What’s in a name?”, *Center for European Policy Studies Paper in Liberty and Security in Europe*, nº 88, marzo 2016, 1-19.

II. DE FRONTEX A LA AGENCIA DE LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS

1. El complicado papel de una Agencia de coordinación en un contexto de grave crisis migratoria

Con carácter general, el modelo de fronteras europeo se caracteriza, desde el punto de vista jurídico, por articularse como una competencia compartida entre los Estados Miembros y la Unión Europea, y por el establecimiento de un régimen común de categorías funcionales de fronteras interiores y exteriores⁶. Con el objetivo de mejorar los procedimientos y métodos de trabajo a nivel cooperativo, el 26 de octubre de 2004 se adopta el Reglamento de FRONTEX (en adelante, Reglamento FRONTEX de 2004)⁷, y entra en vigor el 1 de mayo de 2005. En efecto, FRONTEX se regula fundamentalmente como una estructura de coordinación para, entre otras acciones, llevar a cabo análisis de riesgos y prestar ayuda a los Estados miembros sometidos a especiales presiones migratorias, mediante una asistencia operativa y técnica en sus fronteras externas.

La crisis de los refugiados de los últimos años; los denominados movimientos secundarios de migrantes por la UE⁸; la ola de ataques terroristas a Europa durante los dos últimos años; la reintroducción de los controles temporales por parte de algunos Estados Miembros en sus fronteras; y el levantamiento de vallas exteriores, ha puesto en peligro el espacio Schengen⁹. Oriente próximo es la región que ha provocado la mayor ola de desplazamiento de inmigrantes debido a la persistencia del conflicto palestino, el avance del Estado islámico, la inestabilidad de Iraq y los grandes conflictos de Libia y Siria¹⁰, entre otros¹¹.

⁶ DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las fronteras de la Unión – El modelo europeo de fronteras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, mayo-agosto 2002, 299-341, p. 320. FERNÁNDEZ ROZAS señala que, “la política de inmigración europea sigue teniendo de “común” poco más que el nombre [...]”, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Control de Fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto”, en BAÑO LEÓN, J.M., (coord.), *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, 333-378, p. 359.

⁷ Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo de 26 de octubre de 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 (DOUE L 349/1, de 25 de noviembre de 2011). Para un enfoque institucionalista sobre cómo el nacimiento y mantenimiento de las instituciones dependen de las condiciones por las que emergen, véase, EKELUND, H., “The Establishment of FRONTEX: A New Institutional Approach”, *Journal of European Integration*, vol. 36, nº 2, 2014, 99-116.

⁸ Estos son “aquellos movimientos migratorios desde el Estado inicial de acogida hacia otros Estados miembros”; IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2010, p. 94.

⁹ En palabras del vicepresidente de la Comisión, Frans Timmermans, ante el PE, “la crisis cuestiona la zona Schengen; los riesgos de seguridad son evidentes tras los ataques de París. El control de las fronteras exteriores debe reforzarse para salvar Schengen”, diciembre de 2016, disponible en: <http://aquiactualidad.com/18939-2/> (Todos los accesos a las páginas web citadas a lo largo de este trabajo han sido consultados a fecha de 11 de junio de 2017).

¹⁰ Véase, FERRER LLORET, J., “La Unión Europea ante el conflicto sirio (2014-2016): ¿Una potencia normativa?”, en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J., (Dirs.), *Retos para la*

El cierre de la ruta Turquía-Grecia, como consecuencia de la declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016, ha hecho que el flujo migratorio se traslade, principalmente, al Mediterráneo central. En 2016 se registraron un total de 1.259.265 demandas de asilo, en un desigual reparto en la tramitación de solicitudes y un asimétrico porcentaje de reconocimiento del estatuto de refugiado entre los propios Estados miembros de la UE¹². Todo ello sumado a la falta de solidaridad y compromiso de los Estados miembros, en un ámbito de competencia compartida con la UE, ha abierto aún más la brecha en la crisis de los refugiados¹³.

El aumento exponencial en las llegadas de nacionales de terceros Estados en situación administrativa irregular a las fronteras de la UE, ha puesto de manifiesto las limitaciones que presenta FRONTEX. Estas carencias pueden ser resumidas en unos limitados recursos en términos de personal y equipo para hacer frente a las oleadas migratorias. En primer lugar, la actuación de FRONTEX se ha visto condicionada por la falta de solidaridad de los Estados miembros a la hora de realizar contribuciones en términos de personal, medios técnicos y financieros. De hecho, se ha dado lugar a un asimétrico grado de participación de los Estados miembros en las operaciones de la Agencia FRONTEX. En segundo lugar, también se ha evidenciado la ausencia de un mandato explícito para organizar operaciones de retorno (epígrafe V). En tercer lugar, otro de los problemas de la Agencia FRONTEX ha sido la falta de mecanismos de control en materia de derechos fundamentales (epígrafe VI), especialmente, en el marco de la aplicación de los acuerdos con terceros Estados, comúnmente denominados acuerdos de trabajo¹⁴.

acción exterior de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 21-47.

¹¹ A lo largo de 2015, se estimó que más de 59,9 millones de personas se habían visto desplazadas por los conflictos internos de las cuales 19,5 millones eran refugiadas, 38,2 millones permanecían desplazadas dentro de las fronteras de sus países y 1,8 eran solicitantes de asilo. Ya en mayo de 2016, el conflicto sirio había obligado a exiliar a casi 4,9 millones de personas y desplazado a 7,6 millones; Informe de ACNUR, “Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2015. Forzados a huir”, 2015: disponible en, <http://www.acnur.es/PDF/TendenciasGlobales2015.pdf>

¹² Por ejemplo, de las 745.265 demandas de protección internacional presentadas en Alemania en 2016, 631.180 fueron favorables, es decir, un 69%. En Hungría, en el mismo año, se presentaron 29.430 instancias, habiéndose concedido la protección a 5.105, esto es, un 8% de concesiones de protección internacional. Estos resultados son una de las causas originarias de los movimientos secundarios. Véanse estos datos en, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), “Más que cifras”, disponible en: <http://refugiadosmasquecifras.org/#solicitantes-proteccion-internacional-ue>

¹³ Esta falta de solidaridad se deriva, entre otros factores, del desigual reparto de refugiados: en 2015 los Estados miembros de la UE atendieron a 1.321.600 solicitantes de asilo con un reparto muy desigual. Alemania, por ejemplo, acogió a 476.510, mientras que España apenas llegó al 1% del total. A finales de mayo de 2016 en España solo habían 1.716 reubicados, de las 180.000 personas a las cuales se comprometieron los Estados miembros de la UE a finales del verano de 2015; Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), “Más que cifras”, *ibíd.*

¹⁴ Respecto a la naturaleza de estos acuerdos, aunque FRONTEX tiene personalidad jurídica propia, carece de subjetividad internacional por lo que no tiene la capacidad para concluir tratados internacionales. De ahí que estos acuerdos tengan una naturaleza técnica, ya que son creados para la consecución de las actividades de FRONTEX dentro del marco de sus competencias con organismos de los Estados; URREA CORRES, M., “El control de fronteras exteriores como instrumento para la seguridad: una aproximación al nuevo marco jurídico de Frontex”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, nº 0/2012, 155-174, p. 164 y ss.

A pesar de las reformas que se han llevado a cabo del Reglamento de FRONTEX¹⁵, estas no han sido suficientes para hacer frente la crisis migratoria que ha afectado gravemente a los Estados miembros y a la UE. Esto ha llevado a que algunos Estados hayan optado por restablecer los controles fronterizos internos como anillo de protección¹⁶. Por tanto, a pesar de las modificaciones del Reglamento de FRONTEX, se ha evidenciado que es necesario dar un paso más hacia la gestión integrada de las fronteras. Por ello la Comisión Europea, como respuesta a las peticiones del PE y del Consejo Europeo, a finales de 2015 publica una propuesta de Reglamento (en adelante, Propuesta de Reglamento COM(2015) 671 final). En esta propuesta se fijan los principios generales de lo que pretende ser un nuevo modelo de gestión integrada de las fronteras, a través de la Agencia Europea de la GEFC, creada a partir de FRONTEX. Si bien, como se va a comprobar a continuación, la naturaleza de esta propuesta se basa en la prolongación de una acción que ya venía desarrollando FRONTEX, pero concediendo a la Agencia competencias adicionales para tratar de impedir que las deficiencias en la gestión fronteriza obstaculicen el correcto funcionamiento del espacio Schengen¹⁷.

La creación la Agencia de la GEFC se contextualiza con el denominado proceso de *Agencification*. Este fenómeno se basa en la transmisión de las competencias que, tradicionalmente, correspondían a los Estados miembros a agencias supranacionales que actúan con independencia de las principales instituciones de la Unión Europea¹⁸,

¹⁵ La primera en 2007 (en adelante, Reglamento FRONTEX de 2007), con el objetivo de incorporar un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida; 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 (*DOUE L 199/30*, de 31 de julio de 2007). La segunda, en 2011 (en adelante, Reglamento FRONTEX 2011), con la finalidad de reforzar la responsabilidad de FRONTEX en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales, especialmente los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo; Reglamento (UE) 1168/2011 del PE 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 (*DOUE L 304/1*, de 22 de noviembre de 2011). A fin de una mayor integración del respeto y la promoción de los derechos fundamentales en la gestión integrada de fronteras, el 31 de marzo de 2011 el Consejo de Administración de FRONTEX aprobó una estrategia de derechos humanos, compuesta por 40 puntos, aspirando con su implantación a la integración horizontal de los derechos humanos en todas las etapas de sus actividades; FRONTEX, “Fundamental Rights Strategy”, disponible en: http://FRONTEX.europa.eu/assets/Publications/General/FRONTEX_Fundamental_Rights_Strategy.pdf

¹⁶ A este respecto véase, OLESTI RAYO, A., “La crisis migratoria y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores del espacio Schengen”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, n° 1, 2016, 243-247. Esta posibilidad, aunque esta prevista en los arts. 25 y siguientes del Código de Fronteras Schengen, no se empleaba desde 1995. Se trata de una medida severa con una duración muy prolongada, que conlleva el riesgo de que su uso se generalice, además de comportar consecuencias económicas y sociales negativas que han afectado al principio de libre circulación de personas; DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Unión Europea, crisis de refugiados y *limes imperii*”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 38, 2016, 1-13, p. 5 y 6.

¹⁷ Propuesta de Reglamento COM(2015) 671 final, pp. 82 y 83.

¹⁸ EGEBERG, M., y TRONDAL, J., “Agencification and Location: Does Agency Site Matter?”, *Public Organization Review*, vol. 11, n° 2, junio 2011, 97- 108. Aunque este fenómeno surge hacia finales de los años setenta, las primeras agencias ostentaban funciones meramente informativas o consultivas. Sin embargo, el paso a la creación de agencias reguladores comunitarias e independientes, es lo que realmente

convirtiéndose en el paradigma de la gobernanza europea. De esta forma las agencias de la UE se han desarrollado como órganos destinados a institucionalizar una pluralidad de relaciones entre la UE y las administraciones de los Estados miembros, además de otorgar a las agencias europeas poderes administrativos que son instrumentales para el ejercicio de competencias finales¹⁹. En general, este fenómeno se ha consolidado como una solución política favorable a los Estados miembros, ya que las agencias permiten una mayor coordinación entre los Estados miembros, garantizando una mejor aplicación del Derecho de la UE sin renunciar a su autonomía, lo cual ocurriría en el caso de atribuir mayores competencias a la Comisión²⁰.

2. Antecedentes y procedimiento legislativo seguido para la creación de la Guardia Europea de Fronteras y Costas

La Agenda Europea de Migración de 2015²¹ identificó la necesidad de pasar a una verdadera gestión compartida de las fronteras exteriores, en consonancia con la introducción gradual de un sistema de gestión integrada de las mismas²². El Consejo Europeo centró el foco de actuación en tres dimensiones, las cuales, debían de avanzar de forma paralela: en primer lugar, la reubicación y el reasentamiento; en segundo lugar, el retorno, la readmisión y la reintegración; y, en tercer lugar, la cooperación con los países de origen y tránsito.

Con este fin, el mismo año de publicación de la Agenda Europea de Migración, la Comisión Europea anunció medidas ambiciosas, materializándose una de ellas en la presentación de una propuesta para establecer una GEFC. La propuesta de creación de la GEFC fue presentada por la Comisión Europea el 15 de diciembre de 2015²³. En ella, la Comisión Europea argumenta la necesidad de crear la GEFC debido a que “la gran magnitud de flujos migratorios que han cruzado las fronteras exteriores de la Unión

ha dado lugar a un proceso de *Agencification* de la UE; GARCÍA ÁLVAREZ, G., “La Unión Europea como «Estado regulador» y las administraciones independientes”, *Revista de Administración Pública*, nº 194, mayo-agosto (2014), 79-111, pp. 93 y 94.

¹⁹ CHITI, E., “An important part of the EU’s institutional machinery: features, problems and perspectives of european agencies”, *Common Market Law Review*, nº 46, 2009, 1395–1442, p. 1425. Sobre la adaptación de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia con ocasión de la reforma de Lisboa véase, PI LLORENS, M., “El nuevo mapa de las Agencias Europeas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 56, enero-abril (2017), 77-117.

²⁰ A este respecto, algún autor ha considerado que el mayor obstáculo jurídico a la *Agencification* puede encontrarse en la idea de equilibrio institucional, en el que el problema no es tanto que las agencias vulneren ese equilibrio, sino que lo hace el legislador cuando les concede poderes que los Tratados han asignado a la Comisión; CHAMON, M., *EU Agencies. Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford Studies in European Law, 2016, pp. 369 y 370.

²¹ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al PE, al Consejo, al Comité Económico y Social Europea y al Comité de las Regiones. “Una Agenda Europea de Migración”, COM(2015) 240 final, de 13 de mayo de 2015.

²² En el art. 4 del Reglamento de la GEFC se detallan las actuaciones que deben conformar una gestión integrada de las fronteras.

²³ Con anterioridad a la adopción de la Agenda Migratoria y con el fin de presentar la propuesta, la Comisión Europea encomendó un estudio de viabilidad sobre la creación de una GEFC a la compañía mundial de tecnología de la información, *Unisys*; Study on the feasibility of the creation of a European System of Border Guards to control the external borders of the Unión, 16 de junio de 2014.

Europea y los movimientos secundarios derivados, han demostrado que las estructuras existentes a escala de la Unión y de Estado miembro no son adecuadas para hacer frente a los retos que genera una afluencia tan importante²⁴. De ahí la creación de un mecanismo de prevención de crisis permanente, que monitorice constantemente las capacidades de los Estados Miembros para hacer frente a las crisis migratorias, entre otros instrumentos, a través de análisis de riesgos periódicos²⁵.

El 14 de septiembre de 2016, el Consejo dio el visto bueno final y, con ello, la adopción del Reglamento definitivo, con el voto favorable de 25 Estados miembros, aunque para su aprobación solo era necesaria mayoría cualificada²⁶. Por lo tanto, se trata de un instrumento normativo de geometría variable, no aplicable a todos los Estados miembros de la UE²⁷. Según la propuesta de la Comisión Europea, las principales tareas de la Agencia pueden ser resumidas en: a) el control de los flujos migratorios y el análisis de riesgos en los Estados miembros; b) la supervisión de la gestión de las fronteras exteriores de la UE; c) la asistencia operativa y técnica a los Estados miembros; d) el apoyo a las operaciones de búsqueda y salvamento de los Estados miembros; e) el desempeño de un papel más importante en el retorno de nacionales de terceros países; f) el apoyo -en conjunto con otras agencias- a las autoridades nacionales de los Estados miembros en el desarrollo de las funciones de guardacostas²⁸.

El Reglamento 2016/1624 establece la creación de una GEFC formada por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (en adelante, la Agencia) - con sede en Varsovia -, y las autoridades nacionales encargadas de la gestión fronteriza²⁹. La Agencia pasa a sustituir a FRONTEX ampliando sus competencias. Sin embargo, como ya se ha indicado anteriormente, no se crea una nueva persona jurídica, ya que existe una plena continuidad de todas las operaciones y procedimientos de FRONTEX. Para reflejar los cambios de la nueva Agencia, el Reglamento 2016/1624 señala que “debe cambiarse su nombre por el de Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas,

²⁴ Propuesta de Reglamento, COM(2015) 671 final, de 15 de diciembre de 2015, p. 8.

²⁵ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión Europea al PE y el Consejo, La Guardia Europea de Fronteras y Costas y una gestión eficaz de las fronteras exteriores de Europa, COM(2015)673 final, de 15 de diciembre de 2015, p. 3.

²⁶ Véanse las votaciones en el documento del Consejo de la Unión de la Unión Europea, Doc.12310/16, Resultado de la votación, Reglamento del PE y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del PE y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 863/2007 del PE y del Consejo, el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo, de 19 de septiembre de 2016, disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12310-2016-INIT/es/pdf>.

²⁷ Esta votación favorable por parte de 25 de los Estados miembros supone la unanimidad, ya que Dinamarca, Reino Unido e Irlanda no participan en la misma. La jurisprudencia del TJUE establece que Reino Unido e Irlanda no pueden participar plenamente dentro de las acciones llevadas a cabo por FRONTEX, a no ser que se integren plenamente dentro del sistema Schengen; STJUE de 18 de diciembre de 2007, *Reino Unido e Irlanda c. Consejo de la Unión Europea*, asunto C-77/05. Por su parte, Dinamarca, de conformidad con el artículo 4 del Protocolo n° 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TFUE, ha notificado que aplicaría el Reglamento sobre la GEFC a partir del 14 de marzo de 2017.

²⁸ Véase European Commission - Fact Sheet, “Questions & Answers: the new European Border and Coast Guard Agency”, Capitan Andreevo, 6 de octubre 2016.

²⁹ Reglamento 2016/1624, considerando 5.

que seguirá siendo conocida usualmente como “FRONTEX”³⁰. Resulta un tanto confuso que habitualmente se vaya a seguir utilizando la nomenclatura FRONTEX para referirse a la Agencia de la GEFC, al igual que el mantenimiento del nombre en la dirección del sitio web³¹.

Se debe destacar de entrada y con carácter general que, en lo que al control de fronteras respecta, la Agencia de la GEFC no juega un papel principal, sino que se crea para complementar las acciones emprendidas por los Estados miembros al respecto³². Por lo tanto, la gestión de las fronteras continua siendo objeto de coordinación por una agencia europea y responsabilidad, en última instancia, de los Estados miembros³³. De tal forma que, los Estados miembros pueden seguir llevando a cabo sus propias estrategias para tal fin, pero sin que ello obstaculice aquellas acciones emprendidas por la Agencia y en coherencia con estas.

Conviene añadir que el mismo día en el que fue aprobado el Reglamento de la GEFC, se aprobaron también sendas reformas en los Reglamentos fundacionales de la Agencia Europea de Control de Pesca³⁴ y la Agencia Europea de Seguridad Marítima³⁵, adaptando así sus mandatos a la GEFC. Estas reformas son fruto de la firma de un Acuerdo Tripartito de Trabajo con el que se da un paso importante en la estructuración de la cooperación entre estas tres agencias, lo que proporciona una base para la creación de acuerdos adicionales³⁶. El acuerdo entró en vigor el 17 de marzo de 2017³⁷.

³⁰ Considerando 11 del Reglamento 2016/1624.

³¹ Véase en <http://frontex.europa.eu/>

³² En los primeros preceptos del Reglamento 2016/1624, se recuerda que: “Los Estados miembros garantizarán la gestión de sus fronteras exteriores, tanto en su propio interés como en el común de todos los Estados miembros, respetando plenamente el Derecho de la Unión [...]”; Art. 5 del Reglamento 2016/1624.

³³ Considerando 6 propuesta de la Comisión, COM(2015) 671 final. Como indica DE BRUYCKER, “There is actually an inversely proportional relationship between responsibility and solidarity: the more responsibility given to the EU, the less there is a need for solidarity between Member States; the less responsibility the EU has, the more there is a need for solidarity between Member States”; DE BRUYCKER, P., “The European Border and Coast Guard: a New Model Built on an Old Logic”, *European Papers*, vol. 1, 2016, 559-569, p. 565 y 566.

³⁴ Reglamento (UE) 2016/1626 del PE y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 que modifica el Reglamento (CE) n° 768/2005 del Consejo por el que se crea la Agencia Comunitaria de Control de la Pesca (*DOUE L* 251/80, de 16 de septiembre de 2016).

³⁵ Reglamento (UE) 2016/1625 del PE y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 que modifica el Reglamento (CE) n° 1406/2002 por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad Marítima (*DOUE L* 251/77, de 16 de septiembre de 2016).

³⁶ A través de las sinergias entre estos tres organismos se pretende que, además de las actuaciones desplegadas para el control de fronteras exista una colaboración transectorial que aproveche aquellos recursos que no están necesariamente ligados al control de fronteras. Para ello se prevé, por ejemplo, que la Agencia pueda acceder a información acerca de las embarcaciones usadas para el tráfico humano que hayan sido localizadas en acciones tendentes al control de la pesca gracias a una planificación conjunta; Comunicación de la Comisión al PE y al Consejo, “La Guardia Europea de Fronteras y Costas y una gestión eficaz de las fronteras de Europa”, COM(2015) 673 final, 15 de diciembre de 2015, p. 7 y 8.

³⁷ Anteriormente, en enero de 2016 se adoptó un proyecto piloto llamado “Creation of a European coastguard function” de 18 meses de duración que tiene como finalidad proporcionar un banco de pruebas para el mecanismo de cooperación propuesto por la Comisión en el marco del paquete europeo de guardacostas y fronteras. Se contempla la cooperación de estas agencias a través de cuatro áreas: el

III. LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA AGENCIA Y LOS MEDIOS HUMANOS, TÉCNICOS Y FINANCIEROS

En primer lugar, la estructura administrativa y de gestión de la Agencia está compuesta por el Consejo de Administración, el Director Ejecutivo, el Foro Consultivo y el Agente de Derechos Fundamentales (art. 61 Reglamento 2016/1624). A continuación, se va a dar cuenta de la composición, el sistema de elección y ámbitos competenciales de los órganos que conforman esta estructura administrativa y de gestión. Además, a lo largo del trabajo se hará referencia a otros órganos que, aunque no conforman la estructura administrativa y de gestión, también participan en el desarrollo de las operaciones de la Agencia. Como son el Agente de Coordinación (epígrafe IV); los contingentes de supervisores del retorno forzoso, los contingentes de escoltas para retornos forzosos y los contingentes de especialistas de retorno (epígrafe V).

El Consejo de Administración es un órgano de naturaleza intergubernamental, ya que está formado por un representante de cada Estado miembro. Si bien, se debe matizar dicha naturaleza, ya que también lo integran dos representantes de la Comisión³⁸. Todos ellos tienen derecho a voto dentro de un mandato de cuatro años renovable³⁹. De entre

intercambio de información; la prestación de servicios de vigilancia y comunicación basados en tecnología de vanguardia; la capacidad de creación de directrices, recomendaciones y mejoras prácticas sobre las funciones de guardacostas; y el reparto de la capacidad y de bienes entre sectores y fronteras; Annex to the Commission Implementing Decision on the adoption of a financing decision for 2016 for the pilot project "Creation of a European coastguard function, disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/3-2016-3541-EN-F1-1-ANNEX-2.PDF> Los resultados de este proyecto han demostrado que puede lograrse una mayor eficacia en las actuaciones de estas agencias mediante el trabajo conjunto. Más en concreto, el intercambio de información, el uso combinado de las capacidades de vigilancia y las operaciones polivalentes apoyan mejor a las autoridades nacionales de los Estados miembros en la aplicación de las funciones de guardacostas. Véase la nota de prensa sobre el taller de clausura del proyecto piloto que se celebró en Lisboa el pasado 2 de junio de 2017, disponible en: <http://frontex.europa.eu/pressroom/news/frontex-efca-and-ems-a-present-the-results-of-the-pilot-project-creation-of-a-european-coastguard-function-at-a-closing-workshop-in-lisbon-CvqiNc>.

³⁸ Como dispone el art. 63 del Reglamento de la GEFC. En cuanto a los representantes gubernamentales, todos los Estados miembros de la UE, excepto Reino Unido e Irlanda, cuentan con un representante de su Estado en el Consejo de Administración. Sin embargo, estos dos Estados tienen, cada uno de ellos, un representante que está invitado a asistir a las reuniones de este órgano, pero sin derecho a voto. Los Estados no miembros de la UE, pero asociados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo Schengen, -Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza-, también participan en la Agencia. Cada uno de ellos tiene un representante en el Consejo de Administración, que tiene derecho a voto limitado, en función de sus respectivos acuerdos. En estos casos, la Agencia establecerá un orden del día detallado en el que se identifiquen los puntos a los que se han asignado derechos de voto limitados. Las personas designadas para representar a los respectivos Estados y a la Comisión como miembros del Consejo de Administración, son las mismas que ejercían dicho cargo en el Consejo de Administración de FRONTEX. Por lo tanto, no se han elegido nuevos representantes con ocasión de la creación de la Agencia, si no que los anteriores componentes de este órgano en el seno de FRONTEX continúan con su mandato en este órgano de la Agencia de la GEFC. Para consultar los nombres de los representantes de los Estados y la Comisión en el Consejo de Administración, véase: <http://frontex.europa.eu/about-frontex/organisation/management-board/>

³⁹ Art. 63 del Reglamento 2016/1624. El Consejo de Administración elige a un presidente y a un vicepresidente de entre sus miembros, por mayoría de dos tercios de los miembros por un periodo de cuatro años renovables; Art. 65 del Reglamento 2016/1624.

las varias funciones del Consejo de Administración (art. 62 del Reglamento 2016/1624), cabe destacar las siguientes: a) el nombramiento del Director Ejecutivo a propuesta de la Comisión Europea, así como el ejercicio de la autoridad disciplinaria sobre él; b) la toma de decisiones para llevar a cabo la evaluación de la vulnerabilidad sobre la capacidad y preparación de los Estados miembros ante los retos migratorios; c) la adopción de una estrategia técnica y operativa para la gestión europea integrada de las fronteras; d) la decisión sobre el carácter y los términos del despliegue de los funcionarios de enlace; e) la adopción del presupuesto anual de la Agencia, así como su reglamento interno, entre otras.

El Director Ejecutivo, cargo que en la actualidad ocupa Fabrice Legger, es el órgano principal encargado de la gestión de la Agencia, debiendo de ejercer sus funciones con total independencia⁴⁰. El Director Ejecutivo es el responsable de preparar y aplicar las decisiones estratégicas adoptadas por el Consejo de Administración, así como de tomar las decisiones relacionadas con las actividades operativas de la Agencia⁴¹.

El Foro Consultivo es un organismo independiente encargado de asesorar al Director Ejecutivo y al Consejo de Administración en todas las cuestiones relativas a los derechos fundamentales. El Consejo de Administración elige a los miembros que componen este Foro, a propuesta del Director Ejecutivo⁴². Este Foro define sus métodos de trabajo y establece su programa de trabajo, previa consulta al Consejo de Administración y al Director Ejecutivo. Asimismo, se prevé la consulta a este Foro en el ámbito de la consolidación y aplicación de la estrategia de derechos fundamentales, o del establecimiento del mecanismo de denuncia -en lo relativo a los códigos de conducta-, entre otros (art. 70).

El Agente de Derechos Fundamentales es designado por el Consejo de Administración y es el encargado de contribuir a la estrategia de derechos fundamentales, así como de

⁴⁰ Para asegurar esa imparcialidad, el director ejecutivo es elegido por el Consejo de Administración, de una lista elaborada por la Comisión y teniendo en cuenta la opinión del PE. En el caso de que el Consejo de Administración decidiera alejarse del dictamen del PE, deberá de informar del porqué tanto al PE como al Consejo; art. 69 del Reglamento 2016/1624. El actual Director Ejecutivo es Fabrice Legger, continuando el mandato que desempeñaba como Director de la Agencia FRONTEX.

⁴¹ Para la aplicación de dicho mandato, algunas de las principales funciones que se le atribuyen son: a) la adopción de recomendaciones en las que se determinen las medidas a tomar por un Estado miembro sometido a una evaluación de vulnerabilidad; b) evaluar, aprobar y coordinar las solicitudes de los Estados miembros para los equipos de apoyo a la gestión y las operaciones conjuntas de retorno; c) retirar la financiación de las actividades de conformidad con el art. 25 del Reglamento; Art. 68 del Reglamento 2016/1624.

⁴² En septiembre de 2015, el Consejo de Administración de FRONTEX decidió la nueva composición del Foro Consultivo, una vez finalizado el mandato anterior. El Foro está compuesto por 15 miembros, de entre los cuales la Oficina Europea de Apoyo al ASILO (EASO), la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA) y ACNUR son expresamente llamados por el Reglamento a formar parte de este órgano, y son considerados miembros permanentes. Véase el resto de miembros en: <http://frontex.europa.eu/partners/consultative-forum/general-information/>. El mandato de los nuevos miembros se prolongará hasta el 31 de diciembre de 2018, por lo que la creación de la Agencia de la GEFC no ha supuesto una nueva elección de los miembros de este Foro Consultivo que actuaban en el seno de FRONTEX. Esta información se encuentra disponible en: <http://frontex.europa.eu/partners/consultative-forum/general-information/>

su supervisión y promoción (epígrafe VI). Este Agente es independiente y debe de colaborar con el Foro Consultivo, informando periódicamente al Consejo de Administración⁴³.

En segundo lugar, como se ha señalado, entre las principales carencias que han condicionado la actuación de FRONTEX, sin duda se encuentra la escasez de medios humanos y técnicos. Por lo que se refiere a la Agencia de la GEFC, en relación a los medios humanos, el Reglamento prevé dos tipos de participación de los agentes en la Agencia de la GEFC: por un lado aquellos cedidos, previo acuerdo, por los Estados miembros a la Agencia para una operación; y, por otro, aquellos guardias que forman parte del contingente de reacción rápida permanente⁴⁴. Respecto al primer grupo, se prevé que la Agencia pase de 417 efectivos en 2016 a un millar en 2020. En relación al segundo grupo, se trata de un contingente permanente de un mínimo de 1.500 guardias de fronteras y otro personal competente con capacidad para desplegarse en un breve lapso de tiempo en cualquier Estado miembro⁴⁵. Por lo tanto, aunque estos agentes se ubicarán geográficamente en sus respectivos Estados miembros de origen, al ser parte de dicha reserva, deben ser puestos a disposición inmediata de la Agencia para su despliegue en cuanto esta lo solicite⁴⁶. A fecha de hoy, a pesar de que la Comisión ha renovado las solicitudes de contribución a los Estados miembros, continúan existiendo carencias considerables en la mayor parte de los equipos⁴⁷.

Hasta ahora las contribuciones de los Estados miembros a FRONTEX eran totalmente voluntarias. Que se prevea la obligada contribución de un número determinado de agentes por parte de los Estados miembros a la Agencia de la GEFC, con el objetivo de formar un contingente de reacción rápida, supone un avance⁴⁸. Sin embargo, una dotación de 1.500 agentes, con independencia de su carácter permanente, puede considerarse que no es suficiente para afrontar, lo que en el Reglamento de la GEFC se denomina, “un riesgo concreto y desproporcionado”⁴⁹ en un Estado miembro (epígrafe IV).

⁴³ Art. 71 del Reglamento 2016/1624.

⁴⁴ ACOSTA SANCHEZ, M.A., “La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas: una necesaria evolución de FRONTEX”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento de opinión 108/2016, 24 de octubre de 2016, 1-17, p. 9.

⁴⁵ Art. 20.5 del Reglamento 2016/1624. Anualmente se fijará el número de personas que cada Estado miembro enviará a formar parte de este contingente. En el anexo 1 del citado Reglamento se encuentra la tabla de contribuciones que debe realizar cada Estado miembro hasta alcanzar esta cifra. Entre los mayores contribuidores destaca Alemania con 225 guardias y Francia con 170. Entre los menores contribuidores se encuentra Islandia con 2 guardias, Malta con 6 y Luxemburgo y Chipre con 8.

⁴⁶ Respecto a los gastos de estos agentes, la Agencia es la encargada de sufragar los gastos a los Estados miembros cuando estos pongan a disposición de la Agencia guardias de fronteras.

⁴⁷ Cuarto informe de la Comisión al PE, al Consejo europeo y al Consejo sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, COM(2017) 325 final, 13 de junio de 2017, p. 11.

⁴⁸ Algún autor ha señalado que es cuestionable esta incondicionalidad a la hora de proporcionar un determinado número de guardias para las misiones de intervención rápida en consonancia con los arts. 4.2 y 72 del TFUE; RIJPM, J., “The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?”, *European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs and Commissioned*, marzo de 2016, 1-36, p. 16.

⁴⁹ Considerando 24; considerando 28; art. 19.1.b) y art. 33.2 del Reglamento 2016/1624.

En tercer lugar, la Agencia cuenta con un presupuesto propio, financiado principalmente mediante una contribución proveniente del presupuesto de la UE⁵⁰. Se ha previsto una mayor financiación para la Agencia de la GEFC, en coherencia con las mayores competencias de las que se le dota en comparación a FRONTEX. Sin embargo, este aumento se contempla de manera gradual, de forma de que de los 238 millones de euros en 2016 se pase a 281 millones de euros en 2017 y a 322 millones de euros en el año 2020⁵¹.

Como se ha podido comprobar, la envergadura tanto de los medios humanos y financieros de los que está previsto que pueda disponer la Agencia de la GEFC, confirma con toda claridad su naturaleza de Agencia de coordinación, cuyas funciones van a ser por regla general de complemento y apoyo respecto de las actuaciones que deben llevar a cabo los Estados miembros en la gestión de sus fronteras exteriores.

IV. LAS NO MUY NOVEDOSAS MEDIDAS PARA LA GESTIÓN DE FRONTERAS

1. Los equipos de apoyo a la gestión de la migración como refuerzo a los *hotspot approach* o “puntos críticos”

Como es obvio, la asistencia a los Estados miembros situados en primera línea, como Grecia e Italia, los cuales en los últimos años se han visto sometidos a una presión migratoria excepcional, resulta especialmente relevante⁵². Por ello, la Comisión presentó en la Agenda Europea de Migración de 2015 la regulación de los “puntos críticos” o *hotspots* como uno de los objetivos prioritarios de la UE⁵³. Con este fin se

⁵⁰ Considerando 53 del Reglamento 2016/1624.

⁵¹ Véase European Commission - Fact Sheet, “Questions & Answers: the new European Border and Coast Guard Agency”, Capitan Andreevo, 6 de octubre 2016. El presupuesto publicado para 2017 contiene unos ingresos totales de 302.029.000 euros, desglosados en 281.267.000 euros aportados por la Comisión, 20.662.000 euros de contribuciones aportadas por los Estados parte del Espacio Schengen y 100.000 derivados de otros ingresos; Presupuesto 2017, disponible en: http://frontex.europa.eu/assets/About_Frontex/Governance_documents/Budget/Budget_2017.pdf. Se puede añadir a este respecto que, a colación del debate resultante de la independencia de las agencias de la Unión en contraposición con el sistema de rendición de cuentas, la Comisión utiliza controles, como puede ser la propuesta presupuestaria, como un mecanismo de influencia para introducir controles informales dentro de las agencias de la UE. Como señala BUSUIOC, el grado de autonomía de una Agencia debe de estar asociado con el concepto de rendición de cuentas; BUSUIOC, M., “Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies”, *European Law Journal*, vol. 15, nº 5, September 2009, 599–615, pp. 613 y 615.

⁵² Italia y Grecia son los dos primeros Estados en los que se han estado implementando estos enfoques, aunque otros Estados miembros podrían demandar este refuerzo cooperativo. En el caso de Italia, en Lampedusa, Augusta y Taranto, coordinados desde la sede regional de Catania (Sicilia). En Grecia se han establecido puntos críticos en las islas Lesbos, Quios, Leros, Samos y Kos. Para un estudio sobre las capacidades de acogida y la dotación de personal desplegados en estos puntos, véase NEVILLE, D., SY, S., RIGON, A., “On the frontline: the hotspot approach to managing migration”, *Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs*, mayo de 2016, 1-56.

⁵³ Este enfoque complementa mutuamente los trabajos de FRONTEX, EASO y EUROPOL en lo que a la identificación, registro y toma de huellas dactilares de extranjeros llegados a los Estados miembros situados en primera línea se refiere; Comunicación de la Comisión Europea al PE, al Consejo, al Comité

puso en marcha el mecanismo de emergencia por la afluencia repentina de nacionales de terceros Estados del art. 78.3 del TFUE⁵⁴. Para abordar este enfoque con los Estados miembros que tienen fronteras exteriores⁵⁵, se puede contar con la cooperación de la EASO⁵⁶, FRONTEX, la Oficina Europea de Policía (EUROPOL)⁵⁷ y la Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea (EUROJUST)⁵⁸. La Comisión ha instado a la EASO, EUROPOL y FRONTEX a completar sus trabajos para la rápida identificación, registro y toma de huellas dactilares a los nacionales de terceros países que entren por estos puntos⁵⁹. Además, ha insistido en que la acción de las distintas Agencias de la UE con relación a estos puntos es fundamental para poder implementar de forma efectiva los regímenes de reubicación temporal⁶⁰.

Uno de los principales objetivos para los que se han creado estos “puntos críticos”, ha sido asegurar que los nacionales de terceros Estados son identificados a través de la digitalización de sus huellas dactilares y su incorporación a la base central

Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Una Agenda Europea de Migración”. COM(2015) 240 final, 13 de mayo de 2015, p. 7.

⁵⁴ Para ello se adoptaron la 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 239/146, de 15 de septiembre de 2015); y la 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 248/80, de 24 de septiembre de 2015).

⁵⁵ La herramienta fue concebida por las instituciones de la UE como un enfoque, por lo tanto, solo conlleva una remodelación de los instrumentos constitutivos de las agencias de la UE implicadas; CASOLARI, F., “The EU’s hotspot approach to managing the migration crisis: a blind spot for international responsibility?”, *Italian Yearbook of International Law*, nº 25, 2015, 1-20, pp. 7 y 6, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800537

⁵⁶ Reglamento 439/2013, del PE y del Consejo, de 19 de mayo de 2010 por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) (DOUE L 132/11, de 29 de mayo de 2010).

⁵⁷ Reglamento (UE) 2016/794 del PE y del Consejo, de 11 de mayo de 2016 relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo (DOUE L 135/53, de 24 de mayo de 2016).

⁵⁸ Creada por Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (2002/187/JAI) (DOUE L 63/1, de 6 de marzo de 2002), y modificada por la Decisión 2009/426/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DOUE L 138/14, de 4 de junio de 2009).

⁵⁹ Sin embargo, para la completa cooperación de estas agencias es necesario que los Estados miembros contribuyan con recursos humanos y técnicos. Los llamamientos lanzados en los últimos meses por parte de FRONTEX y la EASO responden a un volumen muy destacable en comparación con otros llamamientos, lo que denota el carácter excepcional de la situación; PRIETO, B., “Los hotspot, eslabón débil en la gestión de la crisis de los refugiados”, *Real Instituto Elcano*, ARI 25/2016 4 de marzo de 2016.

⁶⁰ Hasta el momento solo Malta y Finlandia están cumpliendo con sus compromisos en la materia, mientras que Hungría, Austria y Polonia se siguen negando a colaborar; véase Comisión Europea - Comunicado de prensa, “La Comisión pide nuevos esfuerzos en la aplicación de las medidas de solidaridad previstas en la Agenda Europea de Migración”, 2 de marzo de 2017. El lento goteo de los programas de reubicación y reasentamiento ha provocado un hecho único en la historia, esto es, que un Estado miembro como Grecia, sea receptor de ayuda humanitaria; CEAR, “Informe de 2016: Las personas refugiadas en España y en la Unión Europea”, p. 42, disponible en: https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/Informe_CEAR_2016.pdf

informatizada de datos dactiloscópicos EURODAC⁶¹. Dentro de la problemática relativa a estos “puntos críticos”, algunas voces, sobre todo de ONGs, han denunciado el uso de la fuerza física y la detención prolongada para la obtención de las huellas dactilares, especialmente en Italia⁶². A este respecto, la Comisión Europea pidió a las autoridades italianas intensificar sus esfuerzos, también a nivel legislativo, con el fin de dotarse de un marco jurídico más sólido para regular las actividades realizadas en los “puntos críticos”⁶³. La problemática jurídica que presenta la protección de los derechos humanos en las operaciones de la Agencia, será abordada en el epígrafe VI.

Según la principal responsable de políticas del Consejo Europeo sobre Refugiados y Exiliados (ECRE), la primera evaluación llevada a cabo con relación a la creación de los “puntos críticos”, pone de manifiesto que no ha sido suficiente para aliviar la presión migratoria en las fronteras exteriores de Italia y Grecia⁶⁴. De hecho, ha aumentado el número de solicitantes de asilo en espera en estos Estados debido, entre otros motivos, a la retirada de ACNUR de estas zonas; según este último, estos lugares se han convertido en centros de detención, lo que contradice sus postulados basados en el rechazo de la detención obligatoria⁶⁵.

El Reglamento 2016/1624 con el que se crea la Agencia de la GEFC, prevé el refuerzo técnico y operativo en estos “puntos críticos”, por parte de los equipos de apoyo a la gestión de la migración. Estos equipos serán desplegados en Estados miembros que presenten “retos migratorios desproporcionados”, a solicitud del mismo Estado. La petición será evaluada por el Director Ejecutivo, en coordinación con otras agencias de la Unión, especialmente la EASO y EUROPOL. En el caso de que se admita esta petición, la Comisión es la encargada de definir la cooperación entre el Estado miembro

⁶¹ El registro de las huellas dactilares ha sido tema de preocupación para la Comisión por la inacción de Italia y Grecia. Esto llevó a la Comisión a enviar sendos escritos de requerimiento a estos dos Estados en diciembre de 2015, por no aplicar correctamente el Reglamento de EURODAC. Esta actuación supone el primer paso en la apertura de un procedimiento de infracción por parte de la Comisión. Sin embargo, la acción desplegada en los “puntos críticos” ha favorecido la consecución de un mayor porcentaje de registro de huellas dactilares de nacionales de terceros Estados en ambos países, aumentado en Grecia de un 8 % en septiembre de 2015 al 78 % en enero de 2016, y en Italia, del 36 % al 87 % en el mismo período. Este incremento en el registro ha llevado a la Comisión a archivar el procedimiento de infracción abierto a Italia y Grecia; Comisión Europea - Hoja informativa. Paquete de diciembre de procedimientos por incumplimiento: principales decisiones, 10 de diciembre de 2015, punto 6 y 7.

⁶² Para un estudio de los “puntos críticos” en Italia véase, Amnistía Internacional, “Hotspot Italy: How EU’s Flagship Approach Leads to Violations of Refugee and Migrant Rights”, 3 de noviembre de 2016, disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur30/5004/2016/en/>

⁶³ En particular para “poder recurrir al uso de la fuerza en la toma de impresiones dactilares e incluir disposiciones que prevean una retención más prolongada de aquellos migrantes que se opongan a la toma de impresiones dactilares”; Comisión Europea, Anexo a la Comunicación de la Comisión al PE al Consejo Europeo y al Consejo. Primer informe sobre reubicación y reasentamiento, COM(2016) 165 final, Anexo 4, de 16 de marzo de 2016, p. 3.

⁶⁴ Papadopoulou, A., “The implementation of the hotspots in Italy and Greece. A study”, 5 de diciembre de 2016, p. 51, disponible en: <http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016.pdf>

⁶⁵ “ACNUR redefine su papel en Grecia tras la entrada en vigor el acuerdo UE-Turquía”, 22 de marzo de 2016, disponible en: <http://www.acnur.org/noticias/noticia/acnur-redefine-su-papel-en-grecia-tras-la-entrada-en-vigor-el-acuerdo-ue-turquia/>

implicado y los equipos de apoyo a la gestión, coordinando las actividades de estos equipos (art. 18)⁶⁶.

El refuerzo técnico y operativo a cargo de la Agencia de la GEFC podrá incluir, entre otras medidas, la identificación, registro, entrevista y la ayuda a la toma de huellas dactilares⁶⁷.

Más en particular, el art. 18.4.b) del Reglamento 2016/1624 prevé que, en el marco de las operaciones de apoyo a la gestión de la migración, se deberá de “facilitar la información inicial a las personas que deseen solicitar protección internacional y enviarla a las autoridades nacionales competentes del Estado miembro en cuestión o a la EASO”. En este punto hubiera sido deseable que el texto recogiera que dicha información deberá de darse a cualquier nacional que provenga de un tercer Estado, con independencia de su intención de solicitar protección internacional. Ello es debido a que dicha información será, en muchos casos, el instrumento mediante el cual la persona decida o tenga conocimiento sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar protección internacional⁶⁸.

2. Los análisis de riesgos y evaluaciones de vulnerabilidad como antesala a la adopción de medidas urgentes. ¿Qué fue del controvertido “derecho de intervención”?

El Reglamento de la Agencia de la GEFC prevé que las fronteras exteriores sean monitoreadas constantemente con análisis de riesgos periódicos y obligatorias evaluaciones de la vulnerabilidad, con el fin de detectar las tendencias y posibles retos de las fronteras exteriores de la Unión y las capacidades de los Estados para hacerlos

⁶⁶ En lo que a la EASO respecta, la Comisión ha presentado una propuesta que modifica su Reglamento, convirtiéndola en una Agencia de pleno derecho (“European Union Agency for Asylum”). Una vez más se recurre a la *Agencification*, esta vez, como parte de un paquete de medidas legislativas para reformar el sistema europeo común de asilo, por lo que la creación de esta nueva Agencia pretende ser el reflejo del refuerzo del mandato de la EASO; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 439/2010 [COM(2016) 271 final 2016/0131(COD)]. Entre este aumento de tareas, se prevé que la nueva Agencia vele por una mayor convergencia en la evaluación de las solicitudes de protección internacional, prestando una mayor asistencia operacional y técnica. Esta convergencia se estima ser conseguida mediante, entre otras acciones, orientaciones comunes sobre la situación de terceros países; el apoyo a la Comisión en el examen de la situación de terceros países que figuran en la lista común de la UE de países de origen seguros; así como funciones de dirección y supervisión directa. Véase, TSOURDI, E., “Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation Towards Joint Implementation Through the European Asylum Support Office”, *European Papers*, vol. 1, 2016, n° 3, 997-1031.

⁶⁷ Art. 18.4 del Reglamento 2016/1624. Estas se corresponden con las funciones establecidas en el art. 7 de la Decisión 2015/1523 y 2015/1601 sobre las funciones las agencias de la UE en su misión de ofrecer apoyo cooperativo. Para la completa cooperación de estas agencias es necesario que los Estados miembros contribuyan con recursos humanos y técnicos.

⁶⁸ Esta información es especialmente importante en el caso de los menores extranjeros no acompañados, quienes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y desinformación. El Reglamento Dublín III prevé que, en el caso de que el solicitante de protección internacional sea un menor, y siempre cuando que el interés superior del menor lo recomiende, el Estado miembro responsable de tramitar dicha solicitud será el Estado miembro en que se encuentre algún familiar del menor, si se da el caso.

frente. Sobre la base de los análisis de riesgos, los cuales deben de abarcar todos los aspectos relacionados con la gestión europea integrada de las fronteras, la Agencia procederá a la denominada “evaluación de vulnerabilidad”. Usualmente esta se realizará una vez al año y se evaluará si los equipos técnicos, sistemas, capacidades, recursos, infraestructura y personal adecuadamente cualificado de los Estados miembros disponibles, son los necesarios para el correcto control de sus fronteras. Esto permitirá a la Agencia conocer la capacidad del Estado en cuestión para afrontar los retos actuales y futuros de un exponencial incremento de llegadas de extranjeros a las fronteras externas. Para ello, hay que reiterar que la información que el propio Estado está obligado a dar a la Agencia es de suma importancia⁶⁹.

Algunas ONGs⁷⁰ han defendido que la evaluación de vulnerabilidad no debería de haberse limitado en exclusiva a la capacidad técnica, así como la disponibilidad de recursos humanos y financieros que tiene un Estado miembro para hacer frente a eventuales retos migratorios, como parece que restringe el tenor literal de lo dispuesto en el Reglamento 2016/1624. Dicha evaluación debería de haber incluido, además, si tal vulnerabilidad también se aprecia en la capacidad del Estado para dar una protección efectiva en materia de derechos humanos a los nacionales de terceros Estados que lleguen a sus fronteras⁷¹. Esta inclusión sería consecuente con la jurisprudencia del TEDH y del TJUE. Los dos tribunales han rechazado la presunción de que todos los Estados miembros de la UE cumplen con los derechos fundamentales, y que todos ellos ostentan niveles de protección similar⁷².

Hasta el momento todos los Estados miembros –excepto Dinamarca- han facilitado información para que la Agencia puede realizar los informes de vulnerabilidad. En base a estos datos, la Agencia ya ha dado a conocer a varios de los Estados miembros sus principales indicadores de amenazas⁷³. Estos informes de vulnerabilidad no son

⁶⁹ Los Estados, concretamente las autoridades nacionales competentes y capaces de transmitir la información a la Agencia, están obligados a proporcionar información sobre sus capacidades a la hora de llevar a cabo el control de sus fronteras externas. Esta información se completará con la información recibida por los funcionarios de enlace de la Agencia desplegados en los Estados miembros, la información remitida por EUROSUR y el Mecanismo de Evaluación de Schengen; art. 13.7 del Reglamento 2016/1624.

⁷⁰ Joint briefing on the European Border and Coast Guard Regulation – International Commission of Jurists, ECRE and Amnesty International, p. 8, disponible en: <http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Amnesty-ICJ-Joint-Briefing-on-the-European-Border-and-Coast-Guard-Regulation-April-2016.pdf>

⁷¹ Esto es, si el extranjero tiene la posibilidad de solicitar asilo una vez llegado a un Estado miembro; acceso a las garantías judiciales debidas –abogado, interprete, acceso a un recurso efectivo contra una decisión judicial denegatoria del derecho a la protección internacional-; instrumentos que aseguren la información a los extranjeros sobre estos derechos, entre otros.

⁷² “El Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una presunción irrefutable según la cual el Estado miembro que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 343/2003 designa como responsable, respeta los derechos fundamentales de la Unión Europea”, STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C-411/10; STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, demanda n° 29217/12. En la jurisprudencia del TEDH véase, STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica*, demanda n° 30696/09.

⁷³ El 5 de junio de 2017, el Director de la Agencia formuló una serie de recomendaciones en las que propone a 20 Estados miembros una serie de medidas concretas, centradas en las vulnerabilidades más

públicos. Son transmitidos al Estado miembro implicado y, además, la Agencia debe comunicar los resultados de la evaluación de forma periódica, y al menos una vez al año, al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión (art. 13.9 del Reglamento 2016/1624).

Sin embargo, actualmente estas observaciones no han podido ser plenamente integradas, debido a que la información elevada a la Agencia por parte de los Estados miembros no ha sido exhaustiva, debido a la ineficacia de los procesos nacionales de recogida de datos⁷⁴. Este no es más que un ejemplo que pone de manifiesto que, la falta cooperación de los Estados miembros, es un elemento que puede condicionar decisivamente la efectiva ejecución de las competencias y decisiones de la Agencia.

De hecho, para prevenir y dar respuesta a situaciones en las que un Estado miembro decida no cooperar con la Agencia, la Comisión lanzó una propuesta que recibió una enorme atención mediática. La Comisión proponía nada menos que se le otorgaran competencias de ejecución para decidir desplegar a los equipos de la GEFC en el territorio de un Estado miembro, sin el consentimiento de las autoridades de ese Estado⁷⁵.

Pero el Reglamento 2016/1624 no asume la propuesta de la Comisión. El Reglamento establece, en primer lugar, que la evaluación de vulnerabilidad será enviada al Estado en cuestión para que este realice sus observaciones. Previa consulta al Estado, el Director Ejecutivo podrá recomendar medidas para hacer frente a las vulnerabilidades identificadas, así como el plazo para aplicarlas. Si en este lapso de tiempo el Estado

urgentes en relación con los retos planteados. Estas evaluaciones de base han dado lugar a la identificación de los Estados miembros en los cuales llevar a cabo los denominados “ejercicios de simulación”. En estos ejercicios se examinan las capacidades de los Estados miembros, más concretamente, su planificación de contingencias con respecto a los principales riesgos que podrían materializarse. Asimismo, desde abril de 2017 la Agencia viene realizando la denominada “Evaluación de Amenazas Emergentes” en Grecia, Italia y España, debido a la constante afluencia de flujos migratorios en estos Estados miembros. La finalidad de esta evaluación es examinar las capacidades de estos Estados para hacer frente a amenazas futuras, pudiendo dar lugar a recomendaciones adicionales, no contenidas en otros informes; Cuarto informe de la Comisión al PE, al Consejo europeo y al Consejo sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, COM(2017) 325 final, p. 10.

⁷⁴ La Agencia ya informó acerca de las carencias detectadas en cada uno de los despliegues, Tercer informe de la Comisión al PE, al Consejo europeo y al Consejo sobre la operatividad de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, COM(2017) 219 final, 2 de mayo de 2017, pp. 9 y ss.; Sin embargo, esa ineficacia parece continuar; véase al respecto, Cuarto informe de la Comisión al PE, al Consejo europeo y al Consejo sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, COM(2017) 325 final, p. 11.

⁷⁵ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al PE y al Consejo, “La Guardia Europea de Fronteras y Costas y una gestión eficaz de las fronteras exteriores de Europa”, COM(2015) 673 final, 15 de diciembre de 2015, p.7. Esta intervención fue comparada con la postura de la Comisión Europea, en el sentido de que los Estados debían de aceptar cuotas obligatorias de solicitantes de asilo, lo cual encontró desde un primer momento la fuerte oposición de algunos de los socios del este y centro de Europa. Mientras que las grandes potencias como Francia y Alemania apoyaban tal postura, algunos diplomáticos de la UE creyeron que “esta idea se enfrentaría a la oposición de la gran mayoría de Estados miembros”, o que “la Comisión está poniendo a prueba nuestros límites”; MACDONALD, A., “EU border force plan faces resistance from governments”, *Reuters*, 13 de diciembre de 2015.

miembro no implementa estas medidas, el asunto será remitido al Consejo de Administración, informando de ello a la Comisión. El Consejo de Administración, a propuesta del Director Ejecutivo, tomará una nueva decisión sobre las medidas y el plazo para que el Estado miembro las implemente. Esta decisión es vinculante para este último⁷⁶.

En el caso de que la inobservancia por parte de un Estado miembro de las medidas fijadas por el Consejo de Administración pueda poner en peligro el funcionamiento del espacio Schengen, es el Consejo –no la Comisión– la Institución a la que corresponde decidir las medidas a tomar para aminorar dichos riesgos, exigiendo al Estado miembro su cooperación con la Agencia para ello. En el plazo de dos días desde que el Consejo adopte una decisión, el Director Ejecutivo debe de elaborar un plan de acción para dar aplicabilidad a la decisión del Consejo, debiendo de llegar a un acuerdo sobre el mismo con el Estado miembro implicado. Si en 30 días dicho Estado no ejecuta la decisión del Consejo y tampoco coopera con la Agencia, la Comisión pueda activar el procedimiento por el cual, los Estados miembros, pueden restablecer los controles fronterizos internos, conforme al art. 29 del Reglamento (UE) 2016/399⁷⁷. Esta última es la única “sanción” que se prevé en el Reglamento a tal efecto.

Por lo tanto, en el Reglamento no se prevé una suerte de “derecho de intervención” – denominación usada por el Comité Económico y Social Europeo⁷⁸ –, como contemplaba la mencionada propuesta de la Comisión. En cualquier caso, el Director Ejecutivo y el Estado miembro en cuestión deberán de estar de acuerdo sobre el plan operativo. En la propuesta de la Comisión, los resultados del informe no eran reenviados al Estado implicado si no al Consejo de Supervisión para que este asesorara al Director Ejecutivo acerca de las medidas que deberían de adoptar los Estados miembros para subsanar sus deficiencias⁷⁹. En este extremo, resulta difícil pensar que el Consejo, un órgano compuesto por los representantes a los Estados miembros de la UE, pueda ordenar la ejecución medidas en un Estado miembro sin el consentimiento de este. Que sea el Consejo y no la Comisión quien tenga competencias ejecutivas para ordenar el despliegue de la Agencia, probablemente sea una de las razones por las cuales la creación de la Agencia se ha logrado en tiempo record – nueve meses desde la presentación de la propuesta por la Comisión hasta su aprobación final- y con la unanimidad de los Estados miembros con derecho a voto.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, con carácter general la UE no puede intervenir en un Estado miembro sin el consentimiento de las autoridades de ese Estado. Esta acción vulneraría el principio de igualdad soberana y a la no intervención en los

⁷⁶ Art. 13 del Reglamento 2016/1624.

⁷⁷ Arts. 19.1, 19.4 y 19.10 del Reglamento 2016/1624.

⁷⁸ “El derecho a intervenir de la Agencia, aun cuando no lo solicite el Estado miembro, es la medida más sensible de la propuesta de la Comisión. El CESE respalda que la Comisión pueda decidir la intervención de la Agencia en las fronteras exteriores, pero solamente en situaciones urgentes y con arreglo a un procedimiento transparente que tenga informados de inmediato a los legisladores europeos”; Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo 517º Pleno del CESE de los días 25 y 26 de mayo de 2016, 2016/C 303/15, (*DOUE* C 303, de 19 de agosto de 2016) p. 109 y ss.

⁷⁹ Art. 12.4 de la Propuesta de la Comisión COM(2015) 671 final.

asuntos internos de los Estados. No obstante, se podría proceder a dicha intervención si los tratados constitutivos así lo previeran. Sin embargo, no existe actualmente una base jurídica en el TFUE que permita a una Agencia de la UE actuar en el territorio de un Estado miembro sin el consentimiento de sus autoridades. De hecho, el TFUE prioriza los intereses de los Estados miembros en lo que respecta a la defensa y seguridad de sus territorios⁸⁰. Como ya se ha insistido, el control de las fronteras externas es, en última instancia, competencia de los Estados miembros.

En todo caso, en el marco del derecho de la UE cabe recordar que, tanto la Comisión como cualquier otro Estado miembro, pueden interponer un recurso por incumplimiento contra el Estado miembro que haya infringido alguna de sus obligaciones en virtud de los tratados, de conformidad con el art. 258 del TFUE. El TJUE podrá ordenar al Estado miembro que adopte unas determinadas medidas para revertir la falta de cumplimiento y sancionar al Estado miembro en el caso de no adoptarlas.

3. Las operaciones conjuntas y las operaciones fronterizas rápidas

A) Antecedentes: las operaciones de gestión de crisis migratoria de Frontex

El Reglamento 2016/1624 prevé la creación de operaciones conjuntas y operaciones fronterizas rápidas. Operaciones de este tipo ya han sido llevadas a cabo por FRONTEX⁸¹. Las operaciones conjuntas son presentadas por los Estados miembros y coordinadas por FRONTEX, o iniciadas y realizadas por esta en colaboración con el Estado de acogida y los Estados miembros interesados⁸². A continuación, se hace un breve repaso de aquellas operaciones más relevantes en el ámbito de las operaciones conjuntas⁸³.

En primer lugar, para hablar de la Operación Tritón se hace casi inevitable mencionar su precedente, la operación emprendida exclusivamente por las autoridades italianas, *Mare Nostrum*, ya que la primera nació con la finalidad de sustituir a esta última. *Mare*

⁸⁰ CARRERA y DEN HERTOOG defienden que el redactado del TFUE, concretamente el art. 77.2.d) y la expresión “cualquier medida necesaria”, sumado a la necesidad de garantizar que los Estados miembros cumplan con sus obligaciones en materia de control de fronteras junto al principio de cooperación legal, justificarían el valor añadido de la propuesta de la Comisión sobre el polémico “derecho a intervenir”; CARRERA, S., y DEN HERTOOG, L., “A European...”, *op. cit.*, p. 12.

⁸¹ Para un estudio acerca de la coexistencia de diversas operaciones desplegadas en el Mar Mediterráneo y en qué medida el marco jurídico de la UE puede considerarse apropiado para abordar las necesidades de los solicitantes de asilo interceptados en el mar; véase MARINAI, S., “The interception and rescue at sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 55, 2016, 901-939.

⁸² DONAIRE VILLA, F. J., “El acervo de Schengen como instrumentos y escenario de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en DONAIRE VILLA, F.J., y OLESTI RAYO, A. (Coords.), *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 107-140, p. 126.

⁸³ Sobre las operaciones a las que se va a hacer referencia véase, VACAS FERNÁNDEZ, F., “The European operations in the Mediterranean Sea to deal with migration as a symptom: from the Italian operation *Mare Nostrum* to Frontex operations *Triton* and *Posseidon*; *EUNAVFOR-MED* and NATO’s assistance in the Aegean Sea”, *The Spanish Yearbook of International Law*, 2016, 93-117.

Nostrum fue puesta en marcha el 18 de octubre de 2013, a raíz de la muerte de 366 nacionales de terceros Estados cuando intentaban alcanzar la isla italiana de Lampedusa⁸⁴. El ámbito geográfico de actuación de esta operación comprendía un perímetro de hasta 120 km -75 millas marinas- de las costas italianas lo que se aproximaba a las costas de Libia⁸⁵. De octubre de 2013 a noviembre de 2014 se estima que la operación emprendida por Italia salvó alrededor de 170.000 personas. Sin embargo, el Gobierno italiano no estaba dispuesto a seguir sufragando por sí sólo los más de 9 millones de euros mensuales que el mantenimiento de la misión requería, y defendió que la salvaguardia de las fronteras externas de la UE no era una tarea que debía de llevar a cabo en solitario⁸⁶.

Como respuesta, el 1 de noviembre de 2014, la UE puso en marcha la Operación Tritón, para sustituir a la Operación Mare Nostrum. Se trata de una operación coordinada por FRONTEX y centrada principalmente en la defensa de las fronteras externas, lo que explica, entre otros muchos factores, que se produjera un incremento de muertes en el mar⁸⁷. Este hecho, sumado a la creciente inestabilidad de Libia, dio lugar a que un año después de la puesta en marcha de la Operación Tritón se realizaran cambios en la operación. Con una declarada intención de salvar más vidas, se amplía su área de operación a 138 millas al sur de Sicilia, además de proporcionarle una mayor dotación de medios humanos, técnicos y económicos⁸⁸.

En segundo lugar, en el Mediterráneo Oriental, se inició en 2006 la operación Poseidón que se centró en las aguas greco-turcas y cuya finalidad era similar a la operación llevada a cabo frente a aguas italianas por la Operación Tritón⁸⁹. A diferencia de la

⁸⁴ Sobre las medidas llevadas a cabo por la UE e Italia antes y después de la tragedia de Lampedusa, véase, FAVILLI, C., “La gestion difficile des flux migratoires pour un État situé à la frontière maritime extérieure de l’Union Européenne”, *Annuaire Français de Droit International*, 2013, 257-288.

⁸⁵ Se consideraron que estas acciones, por parte de Italia, incidieron en el denominado “efecto llamada”, ya que su proximidad a la costa libanesa fomentaba el embarco de inmigrantes ante una mayor certeza de ser rescatados. Sin embargo, con la operación Tritón, FRONTEX detectó un incremento del 160% de llegadas en comparación con el mismo periodo durante el cual la operación Mare Nostrum estuvo operativa; MORTERA, C., “Ni efecto llamada ni política común. El rifirrafe entre los países del norte y sur de Europa ha llevado a un operativo en alta mar restringido que explica el aumento de muertes”, *El País*, 20 de abril de 2015. En contraparte, para una visión crítica de la Operación Mare Nostrum véase, CUTTITTA, P., “From the Cap Anamur to Mare Nostrum: Humanitarianism and Migration Controls at the EU’s Maritime Borders”, en MATERA, C., y TAYLOR, A. (Eds.), *The Common European Asylum System and human rights: enhancing protection in times of emergencies*, Cleer Working Papers 2014/7, Center for the Law of EU External Relations, The Hague, pp. 21-37.

⁸⁶ BRADY, H., “Mare Europaeum? Tackling Mediterranean migration”, *European Union Institute for Security Studies*, septiembre 2014, 1-4, disponible en: http://www.iss.europa.eu/uploads/media/Brief_25_Mare_Europaeum.pdf

⁸⁷ En los meses de enero a abril de 2014 de los 26.000 migrantes que intentaron llegar a Europa por la ruta del Mediterráneo murieron 60, mientras que, en el mismo periodo de 2015, con el mismo número de llegadas murieron alrededor de 1.687 personas; ACNUR, “La crisis del Mediterráneo 2015 a seis meses: las cifras de refugiados e inmigrantes más altas”, 1 de julio de 2015.

⁸⁸ FRONTEX, “FRONTEX Expands its joint operation Triton”, 26 de mayo de 2015, disponible en: <http://FRONTEX.europa.eu/news/FRONTEX-expands-its-joint-operation-triton-udpbHP>

⁸⁹ En diciembre de 2015, FRONTEX aceptó la demanda de Grecia para desplegar equipos de intervención rápida, con la intención de aumentar el número de patrullas marítimas y terrestres para hacer frente a la llegada de un gran número de extranjeros. Estos equipos, conocidos como RABIT por sus siglas en

mayoría de las operaciones de FRONTEX, en las que la participación de los Estados miembros es voluntaria, en este caso estos tienen la obligación de aportar contingente humano y técnico en las operaciones de despliegue de intervención rápida.

En tercer lugar, con independencia de las operaciones coordinadas por FRONTEX, esta también ha prestado apoyo a operaciones en el marco de la Política Exterior y Seguridad Común (PESC), abordando otra de las ramificaciones que ha provocado la crisis migratoria: el tráfico de migrantes. Con tal fin se creó la Operación EUNAVFOR MED –rebautizada como Sophia– que opera en el Mediterráneo Meridional y Central⁹⁰. La operación Sophia se despliega en tres fases encontrándose actualmente en el desempeño de la primera etapa de la segunda fase. Esta consiste en recopilar información antes de proceder a una fase más activa, consistente en el registro y apresamiento en alta mar de buques sospechosos de servir para el tráfico de inmigrantes⁹¹. El 20 de junio de 2016, se decidió prorrogar el mandato de la operación hasta el 27 de julio de 2017 con dos tareas añadidas: la formación de la guardia costera libia y el apoyo al embargo de armas por parte de las Naciones Unidas en alta mar frente a las costas de Libia⁹². Muchas de las

inglés, fueron introducidos por el Reglamento FRONTEX de 2007. La solicitud de intervención de estos equipos por parte de Grecia es la segunda solicitud desde la creación de estos equipos, ya que, hasta esa fecha, solo había sido desplegados una vez en 2010, también a instancia griega; FRONTEX, “FRONTEX accepts greece’s request for rapid border intervention teams”, 10 de diciembre de 2015, disponible en: <http://FRONTEX.europa.eu/news/FRONTEX-accepts-greece-s-request-for-rapid-border-intervention-teams-amcPjC>

⁹⁰ El 18 de mayo de 2015, el Consejo aprobó el concepto de gestión de crisis para una operación de la Política Común de Seguridad y Defensa, destinada a desarticular el modelo de negocio de los pasadores de fronteras en el Mediterráneo central meridional; Decisión (PESC) 2015/778 del Consejo de 18 de mayo de 2015 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED) (DOUE L 122/31, de 19 de mayo de 2015). Sobre esta operación véase, entre otros, ESPALIÚ BERDUD, C., “Las operaciones navales de la Unión Europea: ¿Un paso adelante hacia la defensa común?”, en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J., (Dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 393-404; ESTRADA CAÑAMARES, M., “Operation Sophia Before and After UN Security Council Resolution No 2240 (2015)”, *European Papers*, vol. 1, 2016, nº 1, 185-191; ARENAS HIDALGO, N., “Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo”; *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, nº 36, Segundo semestre de 2016, 339-372

⁹¹ Consejo Europeo, Consejo de la Unión Europea, “La EUNAVFOR MED: El Consejo adopta una evaluación positiva sobre el cumplimiento de las condiciones para pasar a la primera etapa de la segunda fase en alta mar”, 14 de septiembre de 2015. La tercera fase, consistente en la misma actividad, pero en aguas territoriales libias, se puede llevar a cabo con el mandato del Gobierno libio o del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. La primera opción era muy difícil debido a la situación de caos político en Libia; Véase, JIMÉNEZ PIERNAS, C., “Estados débiles y Estados fracasados”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 65, nº 2, 2013, 11-49. Sin embargo, este caos político no ha sido obstáculo para que Italia haya reactivado el Tratado de Amistad de 2008 y la Declaración de Trípoli. Este pacto supone un aporte en términos de apoyo y financiación por parte de Italia a programas de desarrollo para las regiones libias afectadas por el fenómeno de la inmigración ilegal. Finalmente, la aprobación llegó de manos del Consejo de Seguridad, con la resolución 2240 el 9 de octubre de 2015, la cual autoriza la inspección de barcos en alta mar frente a las costas de Libia, durante un año, en los casos en los que existan fundadas sospechas de que los barcos están siendo usados para el tráfico o trata de personas.

⁹² La formación especializada para la Guardia Costera y la armada libia se ha hecho a través de la operación “Seahorse”, que tiene previstos 15 nuevos cursos de formación hasta julio de 2017; Conclusiones del Consejo sobre la operación EUNAVFOR MED Sophia, 23 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/05/23-fac-eunavfor-sophia/>

operaciones de desarticulación y salvamento han sido posibles gracias a la cooperación entre los agentes de la misión, FRONTEX y la Agencia Europea de Seguridad Marítima, entre otras⁹³. De lo que no cabe duda, es que con independencia del fin último por el que se creó la misión, esta ha jugado un papel fundamental en el salvamento de personas en peligro en el mar, habiendo rescatado a más de 24.800 personas⁹⁴.

En cuarto lugar, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) ha cooperado con FRONTEX para llevar a cabo operaciones de control. Esta cooperación contribuye a mejorar en la lucha contra el tráfico ilegal y las redes criminales que trafican con inmigrantes, complementando y reforzando las otras acciones puestas en marcha por FRONTEX en el mar Egeo⁹⁵. Las tareas de vigilancia por parte de la OTAN en el Mar Egeo, pueden desplegarse hasta llegar a aguas territoriales de Grecia y Turquía. Estas operaciones se crean con el objetivo de mejorar la cooperación y ayudar a un mayor intercambio de información entre Grecia y Turquía, ya que ambos son aliados de la OTAN, pero solo Grecia es un Estado miembro de la UE. La OTAN acordó con Turquía que los barcos de la OTAN devolverán a territorio turco a todos aquellos extranjeros que sean rescatados en alta mar procedentes de Turquía⁹⁶. Tal y como se prevén estas acciones, de efectuarse, podrían contravenir el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el principio de *non refoulement*, así como la prohibición de expulsiones colectivas previstas en el art. 4 del Protocolo adicional 4 al Convenio, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como se analizará en el epígrafe VI⁹⁷.

B) Las operaciones conjuntas y las operaciones fronterizas rápidas de la Guardia Europea de Fronteras y Costas

Ambos tipos de operaciones también se han regulado en el Reglamento de la GEFC. Las operaciones conjuntas se inician a petición de un Estado miembro que se vea enfrentado a una amenaza concreta, poniéndose la operación en marcha en base a la evaluación de vulnerabilidad y teniendo en cuenta el análisis de riesgos de la Agencia⁹⁸. Asimismo, el rasgo que caracteriza a las intervenciones rápidas, es la capacidad de

⁹³ FRONTEX, “FRONTEX Eurosur services help rescue people of Libyan coast”, 9 de octubre de 2015.

⁹⁴ “EUNAVFOR MED: operation SOPHIA flagship ITS GARIBALDI rescued over one thousand migrants”, Press release 001/2016, 30 de agosto de 2016.

⁹⁵ Declaración conjunta firmada UE-OTAN firmada el 8 de julio de 2016. Véanse las conclusiones del Consejo sobre la ejecución de la declaración conjunta del presidente del Consejo Europeo, el presidente de la Comisión Europea y el secretario general de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, de 6 de diciembre de 2016, *Doc. 15283/16*.

⁹⁶ North Atlantic Treaty Organization, “NATO Defence Ministers Agree on NATO support to assist with the Refugee and Migrant Crisis”, 11 de febrero de 2016, disponible en: <http://statewatch.org/news/2016/feb/refugees-NATO-mil-force-med-prel.pdf>

⁹⁷ STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda nº 27765/09. MARINAI, S., “The interception...”, *op. cit.*, pp. 909 y 910; SPIJKERBOER, T., “The NATO pushbacks in the Aegean and international law”, disponible en: <http://thomasspijkerboer.eu/thomas-blogs/the-nato-pushbacks-in-the-aegean-and-international-law/>

⁹⁸ Así como el análisis del mapa de situación europeo realizado de conformidad con el Reglamento de EUROSUR, las conclusiones de la evaluación de vulnerabilidad y cualquier información aportada por el Estado miembro implicado o cualquier otro Estado miembro; art. 17.4 del Reglamento 2016/1624.

hacer frente a situaciones migratorias excepcionales en un breve lapso de tiempo⁹⁹.

El Director Ejecutivo de la Agencia es el encargado de evaluar, aprobar y coordinar las peticiones de inicio de estas operaciones, como ya se ha señalado en el epígrafe III. Para dar respuesta a esta solicitud, el Director Ejecutivo se basa en la información disponible acerca de las evaluaciones de vulnerabilidad y los análisis de riesgos. Esta información permite al Director Ejecutivo fijar un orden de prioridades para las operaciones conjuntas y las operaciones fronterizas rápidas propuestas, teniendo en cuenta el nivel de impacto atribuido a las secciones fronterizas en virtud de la información proporcionada por EUROSUR y los recursos disponibles. A estos efectos, el Director Ejecutivo deberá de decidir también la durabilidad de la operación, ya que estas operaciones tienen una duración limitada debido a que su puesta en marcha se debe a un bloqueo por “un reto concreto y desproporcionado”¹⁰⁰.

La Agencia también cuenta con un Agente de Coordinación –órgano que también preveía el Reglamento FRONTEX- tanto en las operaciones fronterizas rápidas como en las operaciones conjuntas. Este agente actúa como interfaz entre la Agencia, el Estado miembro de acogida y los miembros de los equipos desplegados, supervisando la correcta aplicación del plan operativo¹⁰¹. Las funciones de este agente son prácticamente las mismas que las que el Reglamento FRONTEX otorgaba a este órgano. La novedad en el Reglamento 2016/1624, es que el Agente de Coordinación realiza también labores de supervisión sobre la correcta aplicación de las estrategias relativas a la protección de los derechos fundamentales, informando de ello a la Agencia¹⁰².

Desde su creación en septiembre de 2016 hasta la fecha, la Agencia tiene desplegadas operaciones de apoyo en Italia, Grecia, Bulgaria, España y los Balcanes Occidentales. Dado el breve lapso de tiempo que ha transcurrido desde el despliegue de estas operaciones, resulta prematuro llevar a cabo una evaluación detallada de las mismas. Si bien, conviene destacar que, con carácter general, en todos los despliegues, la Comisión ha apreciado importantes carencias en términos tanto de recursos humanos como de equipos técnicos. Para solventar dichas carencias, la Comisión viene denunciando las carencias detectadas en cada uno de los despliegues, con el fin de que los Estados miembros aporten los recursos necesarios, hasta la fecha sin un éxito pleno, ni mucho menos.

⁹⁹ En general, el Reglamento de la GEFC ha sido muy minucioso a la hora de detallar los plazos en los que se van a desarrollar la puesta en marcha de las medidas. Esto no suele ser frecuente en instrumentos europeos que versan sobre temas de seguridad y conllevan la acción por parte de los organismos de la UE y de sus Estados Miembros; MARTÍNEZ SANCHEZ, R. P., “Los instrumentos de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea ante los flujos migratorios masivos”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, 475-502, p. 499.

¹⁰⁰ Art. 15 Reglamento 2016/1624.

¹⁰¹ Además de ello, ante un eventual desencuentro en la ejecución del plan operativo y en el despliegue de operativos, el director operativo podrá encomendar a este agente a fin de llegar a una solución; Art. 22 del Reglamento 2016/1624.

¹⁰² Art. 22.3.c) del Reglamento 2016/1624. La inclusión de esta función se debió a la propuesta presentada por el PE, art. 22.3b); Posición del PE de 6 de julio de 2016 (EP-PE_TC1-COD[2015]0310).

En primer lugar, la Agencia está dando soporte en territorio griego a la operación conjunta Poseidón en el Mar Egeo y a la aplicación de la declaración UE-Turquía¹⁰³. La Agencia de la GEFC ha desplegado 891 agentes en Grecia para brindar apoyo a las autoridades griegas en materia de retorno, en aplicación de la mencionada declaración, además de 280 agentes de seguridad cofinanciados por la Agencia¹⁰⁴.

En segundo lugar, la Agencia, bajo el paraguas de la operación Tritón desplegada en Italia y en el Mediterráneo Central, presta apoyo a este Estado con 402 agentes además de asistencia técnica. La Agencia también sirve de apoyo a Grecia con 53 agentes y varios médicos técnicos a través de las actividades operativas flexibles para operaciones conjuntas y centros de referencia en las actividades de control fronterizo.

En tercer lugar, la Agencia ayuda al control de las fronteras terrestres en Bulgaria, tratando al mismo tiempo de impedir los movimientos secundarios irregulares. El apoyo es prestado a través del despliegue de operaciones conjuntas en los “puntos críticos”. Los agentes desplegados en este Estado cooperan con las autoridades búlgaras en la determinación de la nacionalidad de los migrantes que entran en estas fronteras a fin de identificarlos y registrarlos. La Agencia presta asistencia en las fronteras terrestres búlgaro-turca y búlgaro-serbia con 166 oficiales y diversos tipos de medios técnicos.

En cuarto lugar, la Agencia sirve de apoyo a España, a través de la operación conjunta Índalo desplegada en el Mediterráneo Occidental, desde el pasado 3 de mayo de 2017. La finalidad de la Agencia en este Estado es la de apoyar actividades operativas coordinadas en las fronteras marítimas exteriores de la región del Mediterráneo Occidental con el fin de controlar los flujos de migración irregular hacia la Unión Europea y luchar contra la delincuencia transfronteriza. Actualmente este apoyo se brinda a través de 65 agentes y diversos equipos técnicos.

En quinto y último lugar, en la región de los Balcanes hay 127 agentes desplegados para actuar en las operaciones conjuntas de las fronteras terrestre de Croacia y Hungría con Serbia¹⁰⁵. La finalidad es la de respaldar la vigilancia de las fronteras, evitar movimientos secundarios irregulares y reforzar en mayor medida la respuesta de la UE a los problemas existentes en la ruta de los Balcanes Occidentales.

¹⁰³ Cabe resaltar el hecho de que, recientemente, el Tribunal General de la UE se ha declarado incompetente para resolver los recursos de tres solicitantes de asilo contra la declaración UE-Turquía. El TG considera que, a la luz de las pruebas presentadas por el Consejo Europeo, no es la UE, sino sus Estados miembros como actores de Derecho Internacional, quienes llevaron a cabo las negociaciones con Turquía en este ámbito. En consecuencia, “al no existir un acto de una institución de la Unión cuya legalidad pueda controlar con arreglo al artículo 263 TFUE, el Tribunal General se declara carente de competencia para resolver los recursos”; Auto del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 28 de febrero de 2017, *NF, NG y NM c. Consejo Europeo*, asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16. Sobre esta declaración véase, SANTOS VARA, J., “La declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016: ¿Un tratado disfrazado?”, en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J., (Dir.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 289-300.

¹⁰⁴ Cuarto informe de la Comisión al PE, al Consejo europeo y al Consejo sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, COM(2017) 325 final, 13 de junio de 2017, p. 3.

¹⁰⁵ Cuarto informe de la Comisión al PE, *ibíd.*, p. 3 y 4.

Pese a todo este despliegue llevado a cabo por parte de la Agencia, son muchas las deficiencias detectadas en términos de agentes y equipos técnicos. Ello ha motivado que la Agencia haga un llamamiento a los Estados miembros con la finalidad de que aporten los recursos necesarios para cubrir las carencias detectadas¹⁰⁶.

En lo que respecta a las operaciones SAR (por las siglas en inglés “Search and rescue”), aunque la Agencia no es un organismo dedicado a la búsqueda y rescate de personas en peligro en el mar, en la práctica de FRONTEX la mayor parte de las operaciones llevadas a cabo por la Agencia acaban por derivar en operaciones de este tipo¹⁰⁷. Así se explica que en el Reglamento 2016/1624 se otorgue competencia expresa a la Agencia en estas operaciones. Ello obedece a que el control de las fronteras engloba también el abordaje de situaciones de búsqueda y salvamento que puedan surgir en una operación de control de fronteras. Por ello uno de los elementos de la gestión integrada que el Reglamento contempla son las operaciones de búsqueda y rescate; las cuales deberán desarrollarse de conformidad con el Reglamento 656/2014¹⁰⁸ y con el Derecho Internacional aplicable, incluyendo el principio de no devolución¹⁰⁹. Este aras a contribuir a reducir el número de muertes en los espacios marinos soberanía de los Estados miembros¹¹⁰, el Reglamento atribuye a la Agencia la función de asistencia técnica y operativa a los Estados miembros y terceros países para apoyar las

¹⁰⁶ Véase el listado exhaustivo de las deficiencias detectadas en el Cuarto informe de la Comisión al PE, *ibid.*, p. 4 a 7.

¹⁰⁷ SANTOS VARA, J., Y SÁNCHEZ TABERNERO, S.R., “In Deep Water: Towards a Greater Commitment for Human Rights in Sea Operations Coordinated by Frontex?”, *European Journal of Migration and Law*, nº 18 (2016), 65–87, p. 70.

¹⁰⁸ Reglamento 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DOUE L 189/93, de 27 de junio de 2014). Véase al respecto, SCHEININ, M., “Rescue at Sea - Human Rights Obligations of States and Private Actors, with a Focus on the EU’s External Borders”, Robert Schuman centre for advanced studies Global Governance Programme, RSCAS Policy Papers 2012/05, disponible en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22389/RSCAS_PP_2012_05.pdf?sequence=1

¹⁰⁹ La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (BOE nº 39, de 14 de febrero de 1997), de la que todos los Estados miembros de la UE y la propia UE son parte. Lo relativo a estas operaciones en el Convenio sobre Derecho del Mar se complementa y se concreta, entre otros, con el Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo (Convenio SAR por sus siglas en inglés, “Search And Rescue”) (BOE nº 103, de 30 de abril de 1993), y también se complementa con el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974 (Convenio SOLAS por sus siglas en inglés, “Safety of Life at Sea”) (BOE nº 144, de 16 de junio de 1980). Para un análisis de las principales obligaciones en el Derecho Internacional y europeo que condicionan la actuación de los Estados miembros cuando operan en el mar, véase, MORENO-LAX, V., “Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States’ Obligations Accruing at Sea”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, nº 2, 2011, 174–220.

¹¹⁰ Las últimas cifras recogidas han revelado que el número de inmigrantes fallecidos en el Mediterráneo en 2016 ha superado las 5.000, lo que supone un incremento de más del 34% respecto a 2015; Véanse estos datos, en Missing Migrants Project, <http://missingmigrants.iom.int/latest-global-figures>. Por ello, en la presentación de la GEFC la Comisión expuso que la “contribución de la Agencia a las operaciones de búsqueda y salvamento se reforzará ahora significativamente; Comunicación de la Comisión Europea al PE y al Consejo, “La Guardia Europea de Fronteras y Costas y una gestión eficaz de las fronteras de Europa”, COM(2015) 673 final, 15 de diciembre de 2015, p. 3.

operaciones SAR que puedan presentarse durante las operaciones de control de fronteras¹¹¹.

Los términos en base a los cuales se desarrollan las operaciones conjuntas entre la Agencia y los Estados miembros participantes son detallados en el plan operativo, el cual debe de ser desarrollado, en lo que a interceptación, salvamento marítimo y desembarque se refiere, de conformidad con el Reglamento 656/2014¹¹². Debido a las fuertes implicaciones en materia de derechos humanos que las operaciones de búsqueda y rescate conllevan al proceder al desembarco en un tercer país de las personas rescatadas en el mar, el plan operativo debe incluir detalles sobre la disponibilidad de personal sanitario, interpretes, asesores, y demás personal cualificado¹¹³. Por lo tanto, a consecuencia de la importancia que presenta el plan operativo en el ámbito de la protección de los derechos humanos, el carácter secreto reinante en estos planes puede hacer cuestionar el hecho de que este instrumento sea el mejor medio para garantizar el respeto a los derechos fundamentales¹¹⁴. A ello se le suma el hecho de que el Reglamento 656/2014 no aclara las actuaciones a realizar en el seno de las operaciones conjuntas de la Agencia en relación con el desembarco de personas en un Estado cuyo sistema de protección internacional no es adecuado¹¹⁵.

Este es uno de los motivos por los cuales cabe resaltar la importancia de la existencia de un mecanismo de denuncia en el seno de la Agencia, del que se dará detalle en el epígrafe VI del presente trabajo. No obstante, cabe anticipar que la finalidad de este mecanismo es tratar de garantizar el respeto de los derechos humanos en el seno de las operaciones de la Agencia. En este sentido, la falta de transparencia de los planes operativos, en lo que a garantías relativas a los derechos humanos se refiere, puede considerarse, en cierto modo, subsanada con la transparencia que la publicación del informe anual del mecanismo de denuncia representa. Esto obedece a que los tipos de violaciones de derechos humanos acometidas en el transcurso de estas operaciones y el número de reclamaciones deben de reflejarse en este informe.

¹¹¹ Véase el art. 8.f) y 14.e) del Reglamento 2016/1624.

¹¹² Art. 16.j) del Reglamento 2016/1624.

¹¹³ Art. 4.3 del Reglamento 656/2014. Sobre la problemática que plantean las operaciones marítimas de FRONTEX en aguas territoriales de un tercer Estado o alta mar, véase, PAPANASTAVRIDIS, E., “Fortress Europe» and FRONTEX: Within or Without International Law?”, *Nordic Journal of International Law*, nº 79, 2010, 75-111.

¹¹⁴ SANTOS VARA, J., y SÁNCHEZ TABERNERO, S.R., “In Deep Water...”, *op. cit.*, p. 82.

¹¹⁵ Véase al respecto, Meijers Committee, Note on the Proposal for a Regulation establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (COM[2013] 197 final), 23 May 2013.

V. LA COOPERACIÓN CON LOS ESTADOS MIEMBROS Y TERCEROS ESTADOS EN MATERIA DE RETORNO

1. Las operaciones de retorno de la Agencia: un mandato ampliado

En 2015 el Consejo solicitó a la Comisión una propuesta sobre el modo en el que FRONTEX podría aportar de forma inmediata apoyo a los Estados con fronteras externas, a los efectos del retorno de extranjeros. La Comisión adelantó que estaba estudiando medidas que permitiesen que FRONTEX pudiera ejecutar operaciones de retorno¹¹⁶. Esto suponía ampliar sus competencias, debido a que el Reglamento de FRONTEX solo permitía la cooperación en materia de retorno, mediante la asistencia a los Estados miembros para la organización de operaciones de retorno conjuntas¹¹⁷.

El Reglamento de la GEFC, mantiene la cooperación de la Agencia en las operaciones de retorno con los Estados miembros. Además, también permite a la Agencia organizar operaciones de retorno para aquellos extranjeros a los que se les ha denegado la protección internacional. A petición de los Estados miembros, la Agencia podrá coordinar y organizar operaciones de retorno e incluso proponer a los Estados miembros que organicen dichas operaciones¹¹⁸. Sin embargo, la decisión del retorno sigue siendo una competencia nacional, la cual se llevará a cabo en el ámbito del Derecho de la UE fundamentalmente en cumplimiento de la Directiva 2008/115/CE (Directiva Retorno)¹¹⁹. Por lo tanto, a la Agencia no se le atribuye la competencia para valorar los fundamentos jurídicos de las decisiones de expulsión.

Para el desarrollo de estas operaciones, se ha previsto la creación de contingentes de supervisores del retorno forzoso, contingentes de escoltas para retornos forzosos y contingentes de especialistas en retorno¹²⁰. Todos los integrantes de estos equipos deberán de haber recibido la pertinente formación en materia de Derecho de la Unión y Derecho Internacional aplicable; en particular, en lo que se refiere a los derechos

¹¹⁶ Reunión del Consejo Europeo (25 y 26 de junio de 2015) – Conclusiones, *Doc. EUCO 22/15*, de 26 de junio de 2015, párr. 5.e).

¹¹⁷ A pesar de que, en consonancia con esa mera cooperación, FRONTEX solo organiza el 2% del total de las expulsiones de nacionales de terceros países, la Agencia ayudó a expulsar, durante el año 2015, a 3.500 personas y 7.800 en 2016; FRONTEX afirmó que las operaciones de retorno conjuntas, con recogida en el propio país, han demostrado su eficacia, amén de reducir el costo de la devolución de los nacionales de terceros países a su Estado de origen; FRONTEX, informe general de 2014, p. 18.

¹¹⁸ El plan de retorno será elaborado por el Director Ejecutivo, siendo este vinculante tanto para la Agencia como para cualquier Estado miembro participante; Art. 28 del Reglamento 2016/1624.

¹¹⁹ Directiva 2008/115/CE del PE y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimiento comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*DOUE L 348/98*, de 24 de diciembre de 2008).

¹²⁰ El contingente de supervisores para el retorno forzoso es competente para llevar a cabo actividades de control del retorno forzoso en virtud de lo previsto en el art. 8.6 de la Directiva Retorno. El contingente de escoltas para el retorno forzoso se crea a partir de órganos nacionales competentes para que lleven a cabo operaciones de retorno utilizando medidas coercitivas proporcionadas y de conformidad con los derechos fundamentales; Art. 30 del Reglamento 2016/1624. El contingente de especialistas de retorno realiza tareas específicas, como la identificación de grupos concretos de extranjeros, obtención de documentos de viajes, así como el apoyo a la cooperación consular; Art. 31 del Reglamento 2016/1624.

fundamentales, el acceso a la protección internacional y, si procede, formación sobre búsqueda y rescate de personas en peligro en el mar. En relación a la formación de los agentes que componen estos equipos, el Reglamento incorpora la formación de los agentes en materia de protección de menores, obedece a la afluencia y especial vulnerabilidad en la que se encuentra este colectivo¹²¹. Por ello, con independencia del código de conducta para el retorno y la formación de los equipos de la GEFC en colectivos especialmente vulnerables¹²², todos los agentes presentados por los Estados miembros con conocimientos específicos en protección de menores formaran parte de estos contingentes. Como ha señalado la jurisprudencia del TEDH, a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor es el objetivo principal en la protección de la infancia¹²³. Sin embargo, el Reglamento 2016/1624 presenta cierta indeterminación jurídica, debido a la falta de contenido que el Reglamento proporciona a la noción “interés superior del menor”. En todo caso, los agentes, en el desarrollo de sus actividades, deberán aplicar las normas pertinentes de Derecho Internacional; más concretamente, y en lo relativo a las acciones que afecten a menores extranjeros, será de aplicación la Observación General nº 14 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas¹²⁴.

El Reglamento dispone que, a partir de los contingentes de supervisores del retorno forzoso, los contingentes de escoltas para retornos forzosos y los contingentes de especialistas de retorno, se creen equipos europeos de intervención de retorno¹²⁵. A solicitud de un Estado miembro, cuyas ejecuciones de decisiones de retorno le supongan una carga, la Agencia deberá facilitar la asistencia técnica y operativa a este Estado miembro. A fecha de mayo de 2017 se había llevado a cabo el seguimiento de 34 operaciones de retorno¹²⁶. Se dispone que, si dicha sobrecarga plantea un “reto concreto

¹²¹ El número de menores no acompañados que atraviesan la ruta del Mediterráneo central se duplicó a más de 7.000 en los primeros cinco meses de 2016, en comparación con el mismo periodo en 2015, representando más del 92% de los 7.567 niños que cruzaron por mar a Italia durante este periodo.

¹²² Véanse los arts. 35 y 36 del Reglamento 2016/1624.

¹²³ STEDH de 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, asunto nº 41615/07, pár. 74. La correcta aplicación del interés superior del menor ha suscitado dudas a la vista de algunas de las medidas tomadas por la UE. Véase como ejemplo la postura del Comité de los Derechos del Niño, órgano que mantiene que la detención de menores nunca responde al interés superior del niño, por lo que los Estados miembros deben de poner fin a la detención de menores por su estatus migratorio; Comité de los Derechos del Niño, Report of the 2012 day of general discussion, the rights of all children in the context of international migration, pár. 78. Por su parte, la Directiva 2008/115 sobre el retorno, no solo permite el internamiento de menores, sino que lo autoriza por el mismo periodo de tiempo que los adultos, esto es, hasta dieciocho meses.

¹²⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), *Doc. CRC/C/GC/14*, 29 de mayo de 2013.

¹²⁵ Las intervenciones de retorno son definidas por el Reglamento como: “una actividad de la Agencia Europea de la Guardia Europea de Fronteras y Costas que proporciona a los Estados miembros una asistencia técnica y operativa reforzada consistente en el despliegue en los Estados miembros de equipos europeos de intervención en materia de retorno y en la organización de operaciones de retorno”; Art. 2.15 del Reglamento 2016/1624. Cabe resaltar que, a fecha de marzo de 2017, todos los Estados miembros habían contribuido, al menos, a unos de estos contingentes, aportando 549 de los 690 agentes necesarios.

¹²⁶ Cuarto informe de la Comisión al PE, al Consejo europeo y al Consejo sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, COM(2017) 325 final, p. 12.

y desproporcionado”, dicha asistencia se prestara mediante las denominadas, “intervenciones de retorno rápidas”¹²⁷. Si bien, el Reglamento no detalla los aspectos que abarcará el plan operativo –duración prevista, objetivos, cobertura geográfica, etc.-.

La Comisión Europea ha establecido un “Plan de acción en materia de retorno”. Entre otras acciones, en él se prevé, el apoyo de la Agencia de la GEFC a los Estados miembros en las tareas relativas al retorno de nacionales de terceros Estados. Este apoyo consiste en el despliegue de miembros de la Agencia en los Estados miembros para aumentar el personal de ayuda al retorno, así como la creación de un mecanismo de vuelos comerciales para financiar los retornos, entre otras acciones¹²⁸. En aplicabilidad al mencionado Plan, la Comisión Europea ha publicado una recomendación (en adelante, Recomendación 2017/432), que carece de eficacia jurídica vinculante, para que los Estados miembros agilicen las expulsiones de extranjeros, mejorando la eficacia de la Directiva 2008/115/CE¹²⁹.

Entre enero y junio de 2017 la Agencia ha dado apoyo a 144 operaciones de retorno, con un total de más de 6.799 personas retornadas en lo que va de año, gracias a las contribuciones de los Estados miembros. Esto supone un aumento mayor al 157% respecto al mismo periodo del año anterior. Sin embargo, son pocos los Estados miembros los que solicitan el respaldo de la Agencia para organizar operaciones de retorno, por lo que, en la actualidad, no se potencia la capacidad reforzada de la Agencia consistente en prestar asistencia en el ámbito de las operaciones de retorno a los Estados miembros¹³⁰. Por otro lado, la Comisión ha subrayado la necesidad de que la Agencia coopere con los Estados miembros en la expulsión de extranjeros a través de vuelos comerciales con la financiación de la Agencia. La Comisión ha sugerido la conveniencia de que la Agencia de la GEFC negocie acuerdos marco con las compañías áreas, fijando las condiciones de uso de estos vuelos -por ejemplo, la reserva de asientos en vuelos hacia Estados de retorno clave-. Asimismo, señala la utilidad de estos acuerdos para los Estados miembros, de modo que las autoridades nacionales competentes en materia de retorno puedan recurrir a los acuerdos adoptados por la Agencia cuando fuera necesario¹³¹.

¹²⁷ Véase el art. 33 del Reglamento 2016/1624.

¹²⁸ Comisión Europea - Comunicado de prensa, “Agenda Europea de Migración: la Comisión presenta nuevas medidas para una política de la UE eficaz y creíble en materia de retorno”, 2 de marzo de 2017.

¹²⁹ Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión de 7 de marzo de 2017 sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del PE y del Consejo. Aunque todavía es pronto para valorar la efectividad de esta recomendación, con ella se pretende reducir las posibilidades de abuso de los procedimientos, así como subsanar los problemas de eficiencia, bajo el respeto y la protección de los derechos fundamentales recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. La Comisión Europea considera que, para solventar los obstáculos operativos, técnicos y de procedimiento, haciendo que los retornos sean más eficaces, es necesario un enfoque integrado y coordinado. Con este fin, es necesaria la cooperación entre los Estados miembros y la Agencia Europea de la GEFC; Recomendación 2017/432, punto 3.b).

¹³⁰ Cuarto informe de la Comisión al PE, al Consejo europeo y al Consejo sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, COM(2017) 325 final, pp. 11 y 15.

¹³¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a una política de retorno más eficaz en la Unión Europea - Un plan de acción renovado, COM(2017) 200 final, 2 de marzo de 2017, p. 11 y 12. Esto revista cierta importancia si se tiene presente el hecho de que algunos Estados –

La puesta en marcha de estas operaciones, comporta una complicada problemática jurídica relativa a los derechos humanos, especialmente en lo que al principio de *non refoulement* se refiere. Esto se debe a que, en los casos de contravenir dicho principio, no existe ningún tribunal que pueda responsabilizar a la UE por una eventual vulneración del principio de *non refoulement*¹³², como se abordará en el epígrafe VI del presente trabajo.

2. La cooperación operativa con terceros Estados

El Reglamento de FRONTEX preveía la cooperación con terceros países no miembros de la UE en temas de intercambio de información¹³³, análisis de riesgos¹³⁴, formación, investigación y desarrollo, operaciones conjuntas y proyectos pilotos. FRONTEX también podía cooperar con terceros Estados no miembros de la UE a través acuerdos bilaterales existentes, así como con Estados miembros de la UE a título individual.

En primer lugar, el Reglamento de FRONTEX permitía crear y financiar proyectos de asistencia técnica en terceros países, beneficiándose también de la financiación de la Unión. Con la reforma de FRONTEX en 2011, se le dio la posibilidad de enviar funcionarios de enlace para el establecimiento y manteniendo de contactos con las autoridades competentes del tercer país de envío. La finalidad de este envío es el de contribuir a la prevención, lucha y retorno de los nacionales de terceros Estados. Sin embargo, este despliegue de los funcionarios de enlace se permite solo en aquellos países en los que la aplicación de la gestión de fronteras respetase un mínimo los derechos humanos, según el tenor literal¹³⁵. El Reglamento de la GEFC da continuidad a esta cooperación mediante el despliegue de funcionarios de enlace en terceros Estados

como países de África Septentrional y Occidental- no aceptan vuelos chárter y solo permiten el retorno de sus nacionales a través de vuelos comerciales; Tercer informe de la Comisión al PE, al Consejo europeo y al Consejo sobre la operatividad de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, COM(2017) 219 final, 2 de mayo de 2017, p. 11.

¹³² Tema aparte es el hecho de que, al estar ante una agencia de cooperación con los Estados miembros, cabría preguntarse en qué medida la UE puede incurrir en responsabilidad derivada de ayuda o asistencia a otro Estado miembro que comete un hecho internacionalmente ilícito. Según MUNGIANU, para algunas de las actividades de ayuda y asistencia de la Agencia (como puede ser la formación de personal) resulta difícil establecer un vínculo estrecho entre la asistencia y el hecho ilícito y el conocimiento que posee la Agencia de que la asistencia se utilizaría en la comisión de un hecho ilícito; MUNGIANU, R., *FRONTEX and Non-Refoulement: The International Responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 134 y 135.

¹³³ Ejemplo de ello es el acuerdo de trabajo entre FRONTEX y EUROPOL que permite la transmisión de datos personales y el intercambio de información en el marco de la cooperación entre agencias, de conformidad con el artículo 14 del Reglamento de FRONTEX.

¹³⁴ Un ejemplo de esta cooperación es la Red de análisis de riesgos de los Balcanes occidentales, en la que los analistas de FRONTEX y los seis países interesados trabajan juntos utilizando la misma metodología. Otras estructuras similares, incluyen la cooperación con las autoridades de los países de Europa oriental y Turquía; véase esta información en la página de la Agencia, disponible en: <http://FRONTEX.europa.eu/partners/third-countries/>. Por otro lado, la Red de análisis de riesgos para las fronteras orientales (EB-RAN) con Bielorrusia, Ucrania y Moldavia se ha consolidado y ha facilitado sistemáticamente análisis de una alta calidad; FRONTEX, informe general de 2014, p. 11.

¹³⁵ Art. 14.3 y 4 del Reglamento FRONTEX de 2011.

en los mismos términos contemplados en el Reglamento FRONTEX 2011¹³⁶. En el marco de la cooperación operativa con terceros Estados, el pasado mes de marzo de 2017, el Consejo autorizó a la Comisión para iniciar las negociaciones con el fin de convenir acuerdos sobre el estatuto (“status agreement”) con Serbia y la Antigua República Yugoslava de Macedonia. Asimismo, la Comisión ha manifestado su intención de presentar próximamente una propuesta relativa a los mandatos de negociación para los acuerdos sobre el estatuto con Albania, Bosnia y Herzegovina y Montenegro. Estos acuerdos son necesarios para que la Agencia pueda desplegar a sus agentes sobre sus territorios¹³⁷.

En segundo lugar, en el ámbito de la cooperación con las autoridades de terceros países, estas relaciones se materializan a través de los denominados “acuerdos de trabajo”¹³⁸. Es importante subrayar en este punto que FRONTEX no ostenta personalidad internacional; por lo que estos acuerdos de trabajo no pueden calificarse de tratados internacionales, sin perjuicio de que se enmarquen dentro de la acción exterior de la UE¹³⁹.

Se ha criticado la falta de información por parte de FRONTEX sobre las actividades que ha llevado a cabo en terceros Estados, en particular, en lo que se refiere al cumplimiento del Convenio de Ginebra de 1951 y la prohibición de *non refoulement*, sobre todo en los

¹³⁶ El art. 55 del Reglamento 2016/1624.

¹³⁷ Cuarto informe de la Comisión al PE, al Consejo europeo y al Consejo sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, COM(2017) 325 final, p. 14.

¹³⁸ Art. 14 Reglamento FRONTEX de 2011. Hasta la fecha, FRONTEX ha concluido acuerdos de trabajo con las autoridades de 18 países: Federación Rusa, Ucrania, Moldavia, Georgia, la ex República Yugoslava de Macedonia, Serbia, Albania, Bosnia y Herzegovina, Estados Unidos, Montenegro, Nigeria, Armenia, Turquía, la República de Azerbaiyán, Kosovo -sin perjuicio de las posiciones sobre el estatuto y está en consonancia con la Resolución 1244/1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el dictamen de la CIJ sobre la declaración de Kosovo-, el Servicio de Coordinación del Consejo de Comandantes Fronterizos de la Comunidad de Estados Independientes (SKPV Coordination Service), y la Iniciativa Regional sobre Migración, Asilo y Refugiados (MARRI) en los ámbitos de su competencia relacionados con la región de los Balcanes Occidentales. Además, siguiendo los mandatos de su Consejo de Administración para entablar negociaciones, la Agencia se encuentra en diversas etapas de discusión con las autoridades de otros ocho países: Níger, Libia, Marruecos, Senegal, Mauritania, Egipto, Brasil y Túnez; véase esta información en la página web de FRONTEX disponible en <http://FRONTEX.europa.eu/partners/third-countries/>. Estos “memorandos de entendimiento” no son verdaderos acuerdos internacionales, ya que no implican la asunción de obligaciones internacionales por parte de la UE, “a menos que se puedan calificar de acuerdos con efectos vinculantes para terceros”; ESTEVE GARCIA, F., “El control judicial de las agencias en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en BLASI CASAGRAN, C., e ILLAMOLA DAUSÀ, M., (Coord.), *El control de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 81-104, p. 93.

¹³⁹ SANTOS VARA, J., “The External Activities of AFSJ Agencies: The Weakness of Democratic and Judicial Controls”, *European Foreign Affairs Review*, vol. 20, nº 1, 2015, 115–136, p. 121. Sobre el papel de las Agencias en la acción véase, entre otros, BILLET, C., “Le contrôle des relations extérieures des agences ELSJ après Lisbonne”, en FLAESCH-MOUGIN, C., y SERENA ROSSI, L. (Dirs.), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union Européenne après Lisbonne*, Bruylant, Bruselas, 95-129; OTT, A., “EU Regulatory Agencies in EU External Relations: Trapped in a Legal Minefield Between European and International Law”, *European Foreign Affairs Review*, vol. 12, 2008, 515-540.

acuerdos con países africanos como Guinea o Senegal¹⁴⁰. Ello se debe a la libertad de la Agencia a la hora de elegir a los Estados con los cuales establece este tipo relaciones¹⁴¹. Estos acuerdos, hasta ahora, eran publicados por FRONTEX en su página web, pero de forma muy poco detallada, ya que estos documentos se limitan a fijar los objetivos, la organización, los contenidos y la organización de dicha cooperación de forma casi esquemática, sin abordar que acciones concretas se llevaran a cabo para el logro de los objetivos fijados. A este respecto, se debe exigir a una Agencia de la UE la máxima transparencia en sus actuaciones.

El Reglamento de la GEFC trata de dota de mayor transparencia a los acuerdos de trabajo que celebre con terceros países. La Agencia de la GEFC debe dar cuenta del alcance, la naturaleza, y la finalidad de la cooperación. Además, con anterioridad de su firma, será preceptiva la aprobación de la Comisión Europea¹⁴². Además, el PE, a fin de tener un mayor papel en la adopción de estos acuerdos, propuso que la información sobre la adopción del acuerdo de trabajo entre la Agencia y un tercer Estado se le transmitiera previamente a su conclusión¹⁴³. Esta previsión fue incorporada al Reglamento 2016/1624¹⁴⁴.

En tercer lugar, en el ámbito de las operaciones conjuntas en aguas bajo soberanía de terceros Estados, como por ejemplo la operación Hera en aguas senegalesas y mauritanas, FRONTEX cooperaba con las autoridades de dichos Estados en base a los análisis de riesgos. Estas operaciones tienen continuidad en el nuevo Reglamento de la GEFC; la Agencia puede coordinar actividades para terceros países vecinos en las fronteras exteriores, incluidas operaciones conjuntas¹⁴⁵. La intervención de las autoridades de terceros países en operaciones conjuntas con la Agencia, resulta preocupante, debido a los problemas que pueden plantearse respecto a las responsabilidades individuales de cada agente en el transcurso de la operación¹⁴⁶. Para

¹⁴⁰ URREA CORRES, M., “El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de FRONTEX”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, 235-254, p. 244 y 245. Sobre los problemas que plantea la externalización de los controles migratorios como parte de la acción externa de la UE desde la perspectiva del non refoulement, véase, ABRISKETA, J., “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*, nº 56, enero-abril (2017), 119-158.

¹⁴¹ LIGUORI, A., RICCIUTI, N., “FRONTEX ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne nell’Unione europea”, *Diritti umani e diritto internazionale*, nº 6, 2012, 539- 567, p. 546.

¹⁴² Art. 54.2 del Reglamento 2016/1624.

¹⁴³ Proyecto de resolución del PE, (COM[2015]0671 – C8-0408/2015 – 2015/0310[COD]), enmienda 130, Propuesta de Reglamento Artículo 53, apartado 2.

¹⁴⁴ Art. 54 del Reglamento 2016/1624.

¹⁴⁵ Art. 14. c) Reglamento 2016/1624.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ ROJO, D., “Reglamento 2016/1624...”, *op. cit.*, p. 240. Sobre las dificultades legales y técnicas en la existencia y alcance de la responsabilidad entre los Estados miembros y FRONTEX, así como la rendición de cuentas véase, FINK, M., “Salami Slicing Human Rights Accountability: How the European Border and Coast Guard Agency may inherit Frontex’ genetic defect”, *EJIL Analysis*, 10 de marzo de 2016;

FINK, M., “Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding

ello, el Reglamento prevé que en los casos en los que los equipos vayan a gozar de competencias ejecutivas en un tercer Estado, la UE deberá de llevar a cabo un acuerdo con el tercer país en cuestión para cubrir todos los aspectos necesarios para llevar a cabo las operaciones. Concretamente, el acuerdo deberá de contemplar el alcance de la operación, las competencias y funciones de los agentes, así como la responsabilidad civil y penal de los mismos¹⁴⁷.

Esto puede suponer que, en función de lo establecido en estos acuerdos, la responsabilidad civil y penal de los agentes puede recaer en los Estados miembros de origen de estos agentes o en los Estados miembros de acogida, conforme al principio de territorialidad. A este respecto se puede poner en tela de juicio la imparcialidad e independencia de los tribunales de determinados Estados. Como es evidente, por citar un ejemplo de indudable relevancia para la UE, en el caso Turquía, Estado que ha sido condenado en varias ocasiones por el TEDH por la falta de independencia e imparcialidad de su sistema judicial¹⁴⁸.

Por último, se debe señalar que, al cooperar con las autoridades de terceros Estados, la Agencia debe de condicionar sus actuaciones en el marco del respeto de los principios y normas que regulan la acción exterior de la UE. Lo que incluye el respeto de los derechos humanos y más en particular, el principio de *non refoulement*¹⁴⁹. Sin embargo, hubiera sido conveniente que en el Reglamento se hubiera establecido expresamente que la Agencia solo puede establecer una cooperación operativa con aquellos terceros Estados que hayan ratificado sus respectivos Convenios regionales en materia de protección de los derechos humanos, así como la Convención de Ginebra de 1951 y su protocolo adicional; y sobre todo que cumplan tales normas efectivamente.

VI. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS OPERACIONES DE LA AGENCIA

1. Las críticas a la actuación de FRONTEX: la ausencia de un mecanismo de denuncia en materia de derechos humanos

Las operaciones emprendidas por FRONTEX podían verse afectadas por importantes y complejas implicaciones en materia de derechos humanos¹⁵⁰. Los déficits se pusieron

“Technical Relationships”, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 28, nº 75, 20-35.

¹⁴⁷ Art. 54.4 del Reglamento 2016/1624. En todo caso cabe señalar que, la participación de los Estados miembros en operaciones conjuntas desplegadas en el territorio de un tercer Estado tendrá carácter voluntario.

¹⁴⁸ STEDH de 4 de mayo de 2006, *Ergin c. Turquía*, demanda nº 47533/99; STEDH de 10 de mayo de 2001, *Chipre c. Turquía*, demanda nº 25781/94.

¹⁴⁹ Art. 54. 1 del Reglamento 2016/1624.

¹⁵⁰ En palabras de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo “When Frontex was established, its role was seen primarily in terms of border control and migration management. Once it began to operate, it became clear that there were many human rights implications attached to its work and that it was ill-equipped to tackle them. This was particularly the case when intercepting irregular migrants, asylum seekers and refugees at borders or at sea, and also during return operations involving irregular migrants

más de manifiesto cuando la Carta de Derechos Fundamentales de la UE adquirió carácter vinculante, con ocasión de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Con la finalidad de incorporar las recomendaciones contenidas en el informe de evaluación de la Comisión Europea sobre los primeros años de funcionamiento de la Agencia¹⁵¹, se reformó el Reglamento de FRONTEX¹⁵². En el texto modificado se dispuso la creación de un Código de Conducta aplicable a las operaciones de FRONTEX; se nombró a un Agente interno responsable en materia de derechos humanos; y se creó un Foro Consultivo sobre derechos humanos. La creación de estos dos órganos recibió algunas críticas por parte de la doctrina, por no detallar sus competencias específicas en la protección de los derechos fundamentales durante las operaciones fronterizas; pero esto no es óbice para afirmar el avance en el modelo de seguridad marítima que esta reforma desarrolló, implementando unos sistemas de fiscalización específicos de salvaguarda de los derechos fundamentales¹⁵³.

A pesar de los mencionados desarrollos en materia de derechos humanos, el Defensor del Pueblo Europeo criticó la ausencia de un mecanismo de control interno de derechos humanos que permitiera a los afectados dirigirse directamente ante el organismo responsable de las vulneraciones¹⁵⁴. Como se puso de manifiesto con ocasión de la tragedia en Lampedusa en el año 2013, con la que evidenció la necesidad de que FRONTEX abordara directamente las quejas de los afectados. Por su parte, el PE apoyó la recomendación del Defensor del Pueblo Europeo sobre la creación de un mecanismo de denuncia propio de la Agencia. Entre los diversos motivos aportados por el PE, uno de ellos apuntaba hacia la transparencia que dicho mecanismo aportaría a la Agencia. Señalaba además que, un sistema de denuncias interno, ayudaría a concienciar a todas las instituciones de la UE sobre las posibles violaciones de derechos fundamentales que, sin un mecanismo de este clase, podrían quedar sin resolver¹⁵⁵.

and rejected asylum seekers”; Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “FRONTEX: human rights responsibilities”, Resolución 1932 (2013) Final versión, párr. 2. También se le ha reprobado la falta de transparencia en cuanto a operaciones, actividades y sus implicaciones en materia de derechos humanos. También la falta de control democrático cuando, por ejemplo, FRONTEX negocia acuerdos con terceros países sobre controles fronterizos, intercepciones y devoluciones; Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “FRONTEX: human rights responsibilities”, Draft resolution, *Doc. 13161*, 8 abril 2013.

¹⁵¹ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al PE, 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.

¹⁵² Reglamento FRONTEX de 2011.

¹⁵³ QUINDIMIL LÓPEZ, J. A., “La Unión Europea, FRONTEX y la Seguridad en las Fronteras Marítimas ¿Hacia un Modelo Europeo de Seguridad Humanizada en el Mar?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 41, enero/abril 2012, 57-118, pp. 111 y 112.

¹⁵⁴ Esta postura, además de ser defendida por el Defensor del Pueblo Europeo, fue secundada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa quien, en 2013, apuntó hacia la necesidad de crear un mecanismo de reclamaciones para las personas afectadas por sus actividades. Véase el informe especial del Defensor del Pueblo Europeo relativo a su investigación de oficio OI/5/2012/BEH MHZ sobre FRONTEX, Resumen, de 12 de noviembre de 2013.

¹⁵⁵ Además, dado que el PE no puede ejercer ningún control democrático sobre las modalidades de trabajo de FRONTEX, ya que esta no está obligada a consultarle anteriormente sobre las mismas ni posteriormente sobre su ejecución, la creación de este mecanismo subsanaría esta falta de transparencia de cara al PE; además de dar cumplimiento al principio de buena administración del Derecho de la UE;

Por su parte, FRONTEX esgrimió, entre otras argumentaciones, que las posibles situaciones que pueden dar lugar a una reclamación son, en todo caso, responsabilidad del Estado en el que se produzcan las vulneraciones de derechos humanos. De este modo pretendía obviar la parte de responsabilidad que le podía corresponder por las actuaciones protagonizadas por el personal a su cargo¹⁵⁶.

2. Las insuficiencias del nuevo mecanismo de denuncia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas

El Reglamento de la GEFC incluye una serie de salvaguardias en el ámbito de protección de los derechos fundamentales. Como ya se ha señalado en el epígrafe III, se prevé el establecimiento de un Foro Consultivo para asesorar con independencia, tanto al Director Ejecutivo como el Consejo de Administración, en materia de derechos fundamentales; así como la actuación del Agente de Derechos Fundamentales. La incorporación del Foro Consultivo y del Agente de Derechos Fundamentales en el Reglamento de la GEFC no incluye ningún cambio en el papel y funcionamiento que se les atribuía en el Reglamento de FRONTEX. Algunas ONGs han señalado que el mandato del Foro Consultivo debería de ser el de asistir a toda la Agencia, y no solo al Director Ejecutivo y al Consejo de Administración. También se ha incidido en la necesidad de una mayor independencia institucional del Foro Consultivo, para lo que sería necesario disponer que el Foro sea capaz de decidir sobre sus propios métodos de trabajo¹⁵⁷.

Como novedad, el Reglamento de la GEFC regula un mecanismo de denuncia. En aplicación del mismo, cualquier persona que considere que sus derechos humanos han sido vulnerados durante las actividades llevadas a cabo por parte de un agente interviniente en las operaciones de la Agencia, puede presentar una reclamación ante la propia Agencia. Con este fin se establece el siguiente procedimiento.

En primer lugar, se presentará la denuncia a la Agencia, mediante el formulario estandarizado creado al efecto. Respecto a este, la propuesta de la Comisión Europea contenía que el formulario debería de estar disponible en los idiomas más comunes. El Reglamento finalmente aprobado señala que el formulario “deberá estar disponible en lenguas que los nacionales de terceros países entiendan o se espere razonablemente que puedan entender”¹⁵⁸. Tan importante es conocer de la existencia del recurso, como lo es

Resolución del PE, de 2 de diciembre de 2015, sobre el informe especial del Defensor del Pueblo Europeo relativo a su investigación de oficio OI/5/2012/BEH-MHZ sobre FRONTEX (2014/2215[INI]), párs. 5 y 6.

¹⁵⁶ Informe especial del Defensor del Pueblo Europeo relativo a su investigación de oficio OI/5/2012/BEH MHZ sobre FRONTEX. Argumentos presentados por FRONTEX al Defensor del Pueblo y comentarios de las partes interesadas sobre las funciones de la ADF, OI/5/2012/BEH-MHZ, 7 de noviembre de 2013, pár. 18.

¹⁵⁷ Joint briefing on the European Border and Coast Guard Regulation – International Commission of Jurists, ECRE and Amnesty International, p. 10, disponible en: <http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Amnesty-ICJ-Joint-Briefing-on-the-European-Border-and-Coast-Guard-Regulation-April-2016.pdf>

¹⁵⁸ Confróntese el art. 72.9 de la Propuesta de la Comisión COM(2015) 671 final con el art. 72.10 del

también el conocimiento de los motivos por los cuales una solicitud no es admitida a trámite¹⁵⁹. Este extremo es significativo debido a la total libertad concedida por el Reglamento al Agente de Derechos Fundamentales para que este decida o no la admisión a trámite de la denuncia. En estos casos, se prevé la notificación por escrito de la decisión, así como los motivos por los cuales se ha adoptado la misma, de acuerdo con el art. 41.2.c) de la Carta de Derechos Fundamentales.

En este punto hubiera resultado apropiado que en el Reglamento se detallaran los requisitos bajo los cuales se admitirá a trámite la denuncia, materializando así el derecho a la buena administración que el art. 72.5 del Reglamento de la GEFC recoge. En los supuestos en que una denuncia no se admita, esta decisión deberá de notificarse y argumentarse al interesado, además de ofrecer alternativas para tratar el asunto, aunque omite cuales serán. Sin embargo, el Reglamento no prevé en que lengua deberá ser redactado el escrito de inadmisión. Tampoco se contempla la posibilidad de interponer un recurso ante la decisión de no admitir a trámite la denuncia. La inexistencia de un recurso de este tipo, unido a la indeterminación de los criterios necesarios para que una denuncia sea admitida a trámite, crea una inseguridad jurídica que puede desvirtuar la eficacia del mecanismo de denuncia¹⁶⁰.

En segundo lugar, una vez la denuncia es admitida, se reenvía el asunto al derecho interno del Estado miembro de origen, es decir, en cuyo territorio el Estado miembro ejercía su jurisdicción. Este Estado deberá de hacer un seguimiento adecuado en un plazo determinado y, en algunos supuestos, a intervalos regulares. Ello se debe a que, “el mecanismo de denuncia es de carácter administrativo, por lo tanto, la Agencia no puede investigar por sí misma supuestas violaciones de los derechos fundamentales cometidas por parte de miembros de los equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas”¹⁶¹.

En este punto, hubiera sido conveniente, para no debilitar el mecanismo, incluir plazos dentro de los cuales el Estado miembro en cuestión remita la información de seguimiento a la Agencia. La ausencia de plazos, en este sentido, puede dar lugar a prolongados lapsos de tiempo de inactividad, privando de este modo de eficacia al mecanismo. Además, el Reglamento no prevé que, que en el caso de que el Estado miembro no sea lo suficientemente diligente o exhaustivo en su investigación, la Agencia pueda establecer medidas correctoras para paliar tales deficiencias¹⁶².

Reglamento 2016/1624. El formulario está disponible en la página web de la GEFC, que continúa siendo la página de FRONTEX. Hasta la fecha, los formularios están disponibles en inglés, francés, árabe, urdu, tigrinya y pashtu. El formulario puede encontrarse disponible en el siguiente enlace: <http://FRONTEX.europa.eu/complaints/>

¹⁵⁹ En este sentido véase, GUILD, E., BROUWER, E., GROENENDIJK, K., y CARRERA, S., “What is happening to the Schengen borders?”, *Centre for European Policy Studies Paper in Liberty and Security in Europe* nº 86, diciembre 2015, 1-24, p. 21.

¹⁶⁰ Véase el artículo 72.5 del Reglamento 2016/1624.

¹⁶¹ Propuesta de la Comisión COM(2015) 671 final, p. 12. Si bien, el no cumplimiento por parte de Estado miembro de esta obligación, puede dar lugar a que la Agencia haga un seguimiento del asunto; art. 72.7 del Reglamento 2016/1624.

¹⁶² La única mención lo más parecida a una investigación efectiva es la recogida es en el art. 72.7 que

En tercer lugar, el Director Ejecutivo, deberá de estar informado sobre los resultados y seguimiento que, tanto la Agencia como los Estados miembros, hagan de las denuncias por mediación del Agente de Derechos Fundamentales. En el caso de que este observe, a la luz de estas informaciones, la violación de derechos fundamentales o de obligaciones de protección internacional graves o potencialmente persistentes, podrá suspender o poner fin a las actividades desplegadas por la Agencia. Para ello deberá de consultar previamente al Agente de Derechos Fundamentales e informar de ello al Estado miembro implicado¹⁶³.

Lo anteriormente expuesto supone un avance, ya que FRONTEX, en su momento, argumentó que “debido a la complejidad de las operaciones derivadas de múltiples problemas de índole política y operativa, no siempre es apropiado suspender o cancelar una operación, por lo que el Director Ejecutivo debe decidir basándose en los informes presentados por su personal”¹⁶⁴. El hecho de que, de ahora en adelante, la decisión del Director Ejecutivo de suspender o cancelar la operación se base en las informaciones del Agente de Derechos Humanos, puede suponer, a priori, otorgar un papel destacado a la protección de los derechos humanos en las operaciones de la Agencia. No obstante, hubiera sido recomendable incluir la previsión de que el Director Ejecutivo tuviera también en cuenta la información proporcionada por el Foro Consultivo a la hora de decidir la suspensión o terminación de una operación.

En todo caso, es el Director Ejecutivo y no el Agente de Derechos Fundamentales el encargado de decidir sobre la suspensión o terminación de una operación a la vista de la situación de los derechos fundamentales. A este respecto, no resulta baladí recordar las circunscritas funciones del Agente de Derechos Fundamentales las cuales, a excepción del examen de solicitud de la denuncia, son las de mera gestión. Por su parte, el Director Ejecutivo es el encargado de realizar un seguimiento efectivo de las denuncias y de decidir poner fin o suspender las operaciones. Al margen de que su independencia e imparcialidad pueden ser o no cuestionadas por el modo en la elección de su cargo¹⁶⁵, es el Agente de Derechos Fundamentales quien cuenta con las cualificaciones y experiencia en la materia para hacer tal valoración. El art. 25.2 del Reglamento 2016/1624 señala que la decisión la tomará el Director Ejecutivo, previa consulta al Agente de Derechos Fundamentales. Sin embargo, nada parece indicar que dicha

expresa que “el Estado miembro de origen garantizará un seguimiento adecuado, incluidas las medidas disciplinarias necesarias y cualquier otro tipo de acción de conformidad con el Derecho Internacional”.

¹⁶³ Art. 25. 4 del Reglamento 2016/1624.

¹⁶⁴ Informe especial del Defensor del Pueblo Europeo relativo a su investigación de oficio OI/5/2012/BEH MHZ sobre FRONTEX. Argumentos presentados por FRONTEX al Defensor del Pueblo y comentarios de las partes interesadas sobre las funciones de la ADF, OI/5/2012/BEH-MHZ, 7 de noviembre de 2013, pár. 18.

¹⁶⁵ Es elegido por el Consejo de Administración, órgano formado por representantes de los Estados; véase el procedimiento de elección del Director Ejecutivo en el apartado III del presente trabajo. Alguna parte de la doctrina ha cuestionado la independencia e imparcialidad del Director Ejecutivo, véase, PEERS, S., “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>.; FERNÁNDEZ ROJO, D., “Reglamento 2016/1624...”, *op. cit.*, p. 240.

consulta deba de ser vinculante. Hubiera sido recomendable que, si la decisión del Director Ejecutivo de suspender o terminar con una operación es diferente a la considerada por el Agente de Derechos Fundamentales, que el Director diera cuenta de los motivos por los cuales se ha alejado de la posición del Agente de Derechos Fundamentales, además de publicarse.

El procedimiento administrativo se centra en medidas disciplinarias contra los agentes culpables de las violaciones de derechos humanos, sin hacer mención alguna acerca del resarcimiento de la víctima. Sin embargo, como se recoge en el considerando 50 del Reglamento 2016/1624, “el mecanismo de denuncia debe entenderse sin perjuicio del acceso a vías de recurso administrativas y judiciales y no constituye un requisito para el empleo a dichas vías”. Por lo tanto, en virtud del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, los particulares podrán obtener una reparación judicial por la violación de sus derechos¹⁶⁶.

Con carácter general, el mecanismo de denuncia, a pesar de la importancia de su creación, está resultando en la práctica en desuso. Desde su creación hasta la actualidad solo se han recibido once denuncias, dos de ellas admitidas a trámite, no obstante el elevado número de retornos efectuados hasta la fecha. A este respecto, resulta de suma importancia que la Agencia lleve a cabo campañas de información que doten de visibilidad al mecanismo de denuncia¹⁶⁷. Con independencia de su uso, el mecanismo de denuncia resulta un hervidero de problemas jurídicos. Se trata de un procedimiento administrativo que, cabe pensar, más bien se trata de un mecanismo preventivo o de control. En cualquier caso, no impide al particular acudir a las vías judiciales pertinentes para denunciar la vulneración de sus derechos humanos.

En primer lugar, el particular puede acudir a los tribunales internos de los Estados miembros los cuales. Respecto a los agentes de la GEFC, el art. 59 del Reglamento 2016/1624 establece que “el Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea será aplicable a la Agencia y a su personal”. Por lo tanto, a tenor de este protocolo, estos agentes gozarán de inmunidad de jurisdicción¹⁶⁸. Como ya se ha señalado en el epígrafe V, por un lado, en materia de responsabilidad civil, cuando los agentes de los equipos estén interviniendo en el Estado miembro de acogida, será este el Estado miembro responsable de los daños que causen los equipos durante las operaciones. En el caso de que tales daños sean a causa de dolo o negligencia grave por parte de los agentes, el Estado miembro de acogida “podrá dirigirse al Estado miembro de origen para que le reembolse las sumas que haya abonado a las víctimas”¹⁶⁹. Por otro lado, en materia de responsabilidad penal, los agentes de los equipos “recibirán el

¹⁶⁶ PEERS, S., “The Reform...”, *op. cit.*

¹⁶⁷ Tercer informe de la Comisión al PE, al Consejo europeo y al Consejo sobre la operatividad de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, COM(2017) 219 final, 2 de mayo de 2017, p. 12 y 13; Cuarto informe de la Comisión al PE, al Consejo europeo y al Consejo sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, COM(2017) 325 final, p. 13.

¹⁶⁸ Art. 11 del Protocolo nº 7 del TFUE, sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea.

¹⁶⁹ Art. 42. 1 y 2 del Reglamento 2016/1624.

mismo trato que los funcionarios del Estado miembro de acogida a las infracciones penales que puedan cometer o que puedan cometerse contra ellos”¹⁷⁰.

En segundo lugar, respecto a las vías jurídico-institucionales, no existe un tribunal sobre el cual hacer valer la responsabilidad de los sujetos que participen en las operaciones de la Agencia por las violaciones de derechos humanos que puedan cometer. En todo caso, como señala el art. 74.5 del Reglamento de la GEFC “las decisiones adoptadas por la Agencia en virtud del artículo 8 del Reglamento (CE) n. 1049/2001 podrán dar lugar a la presentación de una reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo o a la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las condiciones establecidas en los artículos 228 y 263 del TFUE, respectivamente”. En relación al primero de los recursos, el previsto en el art. 228 del TFUE, este contempla la posibilidad de que cualquier ciudadano de la UE presente ante el Defensor del Pueblo una reclamación en los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos de la Unión. Sin embargo, los extranjeros en situación administrativa irregular tienen, a tenor de la disposición, vetado el acceso a este recurso. El segundo de los recursos, el previsto en el art. 263 del TFUE, sí que admite el acceso a toda persona física o jurídica para interponer un recurso “contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución”.

Por lo tanto, por un lado, cabe la interposición de un recurso de anulación ante el TJUE, el cual se prevé para actos de los órganos y organismos de la UE destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, entre otras causas. El particular, entraría dentro del grupo de “demandantes no privilegiados”, por lo que debería de justificar afectación individual y directa para que su demanda sea admitida¹⁷¹. Como ha señalado algún autor, “el cumplimiento de las condiciones requeridas para interponer un recurso de anulación contra un acto de una agencia por parte de particulares, muestra enormes dificultades existentes en relación a los supuestos en los que los actos de las agencias del espacio de libertad, seguridad y justicia podrían eventualmente ser sometidos al control jurisdiccional europeo en el marco de este recurso de anulación”¹⁷².

Por otro lado, el TJUE tiene competencia sobre la responsabilidad extracontractual¹⁷³ derivada de actos de las instituciones de la UE, pero no recibe recursos individuales acerca de la responsabilidad de los Estados por violaciones de derechos humanos en las misiones conjuntas. Estos conflictos deberán ser llevados por las autoridades

¹⁷⁰ Art. 43 del Reglamento 2016/1624.

¹⁷¹ BOU FRANCH, V. (Dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 1ª edición, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2014, p. 386 y 387.

¹⁷² ESTEVE GARCIA, F., “El control ...”, *op. cit.*, p. 95.

¹⁷³ Como señala ESTEVE GARCIA, “la responsabilidad extracontractual puede exigirse tanto por parte de las instituciones como por parte de los particulares, siempre que se cumplan con los requisitos del TJUE, pues las agencias pueden incurrir en alguna ilegalidad y en la medida en que dicha ilegalidad pueda ser calificada como «suficientemente caracterizada», puede conllevar la obligación de indemnización de los daños causados por la agencia o por sus agentes”; ESTEVE GARCIA, F., “El control...”, *op. cit.*, p. 103.

nacionales¹⁷⁴. Asimismo, si la denuncia se refiere a un agente de un Estado miembro de acogida o de un Estado miembro en comisión de servicios, será el Estado de la nacionalidad quien llevará a cabo las medidas disciplinarias necesarias, conforme a su derecho interno, como se ha visto anteriormente. El Estado en cuestión deberá de dar cuenta de ello al Agente de Derechos Fundamentales¹⁷⁵.

En tercer lugar, el particular puede acudir al TEDH. Más en concreto y en el marco de las operaciones de retorno, como ya se adelantó en el epígrafe V, el Reglamento de la GEFC también se hace eco de la prohibición *non refoulement*, de acuerdo con el art. 78.1 del TFUE¹⁷⁶. El principio de *non refoulement* ha trascendido de su dimensión inicial, esto es, de la Convención de Ginebra en el caso de los refugiados. Esto es debido a que, actualmente, este principio es aplicado a todas las personas que tienen fundados temores de ser expulsados a un Estado donde exista el riesgo de que sufran tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tengan o no reconocido el estatuto de refugiado o sean solicitantes del mismo¹⁷⁷. Esta previsión más amplia se ampara en la prohibición de torturas y malos tratos, según la cual los Estados tienen la obligación de no cometer estos actos, así como de no expulsar a una persona a un Estado donde sufra el riesgo real e inminente de sufrirlos. Esta obligación, derivada tanto del derecho convencional como consuetudinario, supone una norma de *ius cogens* internacional¹⁷⁸. No obstante, como es sabido no es posible acudir ante el TEDH por los actos que se atribuyan a la UE como organización internacional que todavía no es parte en el CEDH. En el caso de que la UE se hubiera adherido al CEDH, el TEDH sería competente para ello, en este caso, en salvaguarda del art. 3 del CEDH¹⁷⁹. En este estado de cosas, en el

¹⁷⁴ LIGUORI, A., RICCIUTI, N., “FRONTEX...”, *op. cit.*, p. 567.

¹⁷⁵ PÉREZ GONZÁLEZ, C., “De FRONTEX a la Agencia Europea de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿cambia todo para que todo siga igual? A propósito de la necesidad de mejorar la protección de los derechos fundamentales”, en BLASI CASAGRAN, C., e ILLAMOLA DAUSÀ, M., (Coord.), *El control de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 192-208, p. 202.

¹⁷⁶ Véanse aquellos preceptos que hacen mención a la prohibición del principio de devolución en los considerandos 36, 46, 47, y los arts. 14.2, 28.3, 34.1, 34.2, 54.1 y 54.2. El art. 78.1 del TFUE establece que: “la Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal [...] deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes”.

¹⁷⁷ LAUTERPACHT, E., y BETHLEM, D., “The scope and content of the principle of non refoulement: UNHCR's global consultations on international protection”, Cambridge University Press, 2003, 87-177, p. 163.

¹⁷⁸ Así lo ha manifestado el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en el caso *Furundzja, Judgement Trial Chamber*, de 10 de diciembre de 1998, párr. 134 y ss.; el TEDH, entre otras, en la sentencia de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Gran Bretaña*, demanda nº 8139/09, párr. 266; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda nº 37201/06, párr. 138; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, en el caso *Tubi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 143. Véase, BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, Derecho Internacional y Derecho Europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 101.

¹⁷⁹ A este respecto el TEDH, a pesar de confirmar la dimensión predominantemente territorial del concepto de jurisdicción, ha afirmado que los Estados Miembros ejercen su jurisdicción fuera del territorio, cuando a través de los agentes del Estado se procede a un control efectivo sobre la persona; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda nº 27765/09. Véase, TREVISANUT, S., “The principle of non-refoulement and the de-territorialization of border control at sea”, *Leiden Journal of International Law*, nº 27, 2014, 661-675.

caso de plantear una demanda ante el TEDH, probablemente este manifestará su incompetencia para conocer de actos llevados a cabo por la UE. Desde luego, este es un ámbito en el que específicamente se pone de manifiesto la necesidad de la adhesión de la UE al CEDH.

Como ya se ha apuntado, esta problemática jurídica también se plantea en las acciones emprendidas por la Agencia en terceros Estados no miembros de la UE, pero si Estados miembros de Consejo de Europa, como Turquía, en cuyo caso el particular podrá acudir ante el TEDH. A respecto, aunque se disponga que el tercer Estado tiene que quedar vinculado por el CEDH –lo que permitiría llevar a cabo acuerdos con Turquía, por ejemplo-, no hay forma de que la UE garantice que el retorno del tercer país se adopte en pleno cumplimiento de los derechos fundamentales. Esto, además, contradice el objetivo de la Unión de promover sus valores y normas, incluidas las de la Directiva Retorno¹⁸⁰. La jurisprudencia del TEDH ha evidenciado en numerosas sentencias que el mero hecho de que un Estado no miembro de la UE haya ratificado el CEDH no es suficiente para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos de acuerdo con el principio de *non refoulement*¹⁸¹.

Estas situaciones plantean una mayor incertidumbre en las actuaciones llevadas a cabo por la Agencia en Estados que no son miembros ni de la UE ni del Consejo de Europa, como es Senegal, no sometidos a la competencia del TEDH.

En todo caso, cabe recordar que la Agencia ha sido creada para coordinar las acciones de los Estados miembros en lo que al control de fronteras externas se refiere. Cabe reiterar, que la mayor parte de la responsabilidad en la gestión de fronteras sigue correspondiendo a los Estados miembros. Por tanto, también recae en los Estados miembros la mayor parte de la responsabilidad en lo que respecta a posibles vulneraciones de derechos humanos a consecuencia de tales operaciones de gestión. En este contexto, el mecanismo de denuncia supone un modesto avance, con todas sus limitaciones, más aún si se tiene en cuenta la complejidad de las actuaciones que lleva a cabo la GEFC, así como las situaciones que se pueden crear en torno a ellas y a los nacionales de terceros Estados.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La crisis migratoria ha evidenciado la necesidad de avanzar en el marco de la gestión integrada de las fronteras externas, con el objetivo de paliar las deficiencias que presenta la actuación individual de los Estados miembros en la gestión de sus fronteras exteriores. Como señala la Comisión Europea “solo podrá darse un espacio único de desplazamiento sin fronteras interiores si se protegen de manera efectiva las exteriores.

¹⁸⁰ RIJPM, J., “The proposal...”, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸¹ STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda nº 27765/09, párr. 128; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda nº 30696/09, párr. 353; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda nº 37201/06, párr. 147, entre otras.

El eslabón débil de una cadena es lo que determina su fuerza”¹⁸².

Hasta el momento, la actividad de FRONTEX, la Agencia europea encargada de coordinar y cooperar en la gestión de fronteras externas junto a los Estados miembros, se ha evidenciado insuficiente para hacer frente a los retos que esta grave crisis migratoria plantea. A grandes rasgos, las principales deficiencias se han materializado en una falta de personal y medios técnicos -dependientes de las aportaciones de los Estados miembros-, y la falta de cooperación de algunos Estados miembros como, por ejemplo, Grecia. Para tratar de dar una respuesta, en septiembre de 2016 se aprobó el Reglamento de la GEFC. El propósito de esta nueva norma, sobre todo, consiste en dotar a la Agencia de la GEFC de mayor capacidad de actuación en materia de gestión de fronteras y retorno de la que ha demostrado FRONTEX.

En una valoración de conjunto y provisional de la nueva normativa, en resumen, merecen una valoración positiva los siguientes aspectos. En primer lugar, el hecho de que se establezca un contingente de reacción rápida permanente a disposición inmediata de la Agencia, previéndose el despliegue en cualquier Estado miembro en un breve lapso de tiempo. En segundo lugar, la existencia de una mayor financiación y una mejora en la transparencia en los acuerdos de trabajo. En tercer lugar, el monitoreo permanente de las fronteras exteriores mediante análisis de riesgos y evaluaciones de vulnerabilidad obligatorias. En cuarto lugar, resulta un avance en la protección de los derechos humanos la existencia de un mecanismo de denuncia, más aún, debido a la ampliación de las competencias en materia de retorno de la Agencia de la GEFC respecto a FRONTEX.

No obstante, también cabe la valoración en sentido crítico de varios aspectos que pueden afectar y limitar la actuación de la GEFC. En primer lugar, la evaluación de vulnerabilidad no abarca la capacidad del Estado miembro para dar una respuesta efectiva en materia de derechos humanos a los extranjeros que llegan a las fronteras; limitándose esa evaluación a las capacidades humanas y técnicas del Estado miembro. En segundo lugar, el Reglamento permite a la Agencia establecer una cooperación operativa con terceros Estados, con independencia del grado de respeto de los derechos humanos existente en este país. En tercer lugar, el nuevo mecanismo de denuncia, aunque constituye un avance en la protección de los derechos humanos, adolece de deficiencias. Entre ellas, el limitado papel que se atribuye al Agente de Derechos Fundamentales en la decisión de suspensión de una misión por un cuadro de violaciones de derechos humanos; o la falta de plazos para elevar la información del seguimiento de las infracciones por parte del Estado miembro a la Agencia. Además de mantenerse el déficit en las vías jurídico-institucionales a disposición de los particulares para que puedan hacer valer sus derechos humanos ante las instancias jurisdiccionales.

Asimismo, cabe considerar que una dotación de 1.500 agentes permanentes integrados dentro de los equipos de reacción rápida no es suficiente para gestionar retos migratorios concretos y desproporcionadas en un Estado miembro. Este número de

¹⁸² Propuesta de la Comisión COM(2015)671 final, p. 83.

contingentes no puede garantizar una respuesta efectiva ante una situación como la que ha afectado a Estados como Grecia en los últimos años.

La Agencia GEFC no es la única respuesta que necesita la UE para poder hacer frente a los actuales retos en materia de seguridad y migración del siglo XXI, como señaló el Comisario de Migración y Asuntos de Interior¹⁸³. La Agencia de la GEFC se ha concebido como un organismo de cooperación y refuerzo de la gestión de las fronteras exteriores, que coordina las medidas de los Estados miembros para tal fin. Sin embargo, como ya se ha reiterado, los Estados miembros siguen siendo los principales responsables de la gestión de sus fronteras externas en interés tanto propio como común de todos los Estados miembros¹⁸⁴.

Desde esta perspectiva, a buen seguro la eficacia de las actuaciones de la Agencia de la GEFC, en su papel de Agencia de coordinación y de refuerzo a los Estados miembros en la gestión de sus fronteras, está supeditada a la voluntad de los Estados miembros de cooperar con ella. El único mecanismo de presión específico para lograr esta última que prevé el Reglamento 2016/1624, son los informes de vulnerabilidad. Tal y como se encuentra configurado el Reglamento 2016/1624, tanto la dotación de personal, medios técnicos e información, claves para la consecución de los objetivos de la Agencia, queda condicionada a la voluntad de los Estados miembros y con ello la eficacia de las actuaciones de la Agencia. Como así lo ha demostrado la ineficacia de los procesos nacionales de recogida de datos para que la Agencia pueda llevar a cabo las evaluaciones de vulnerabilidad y la planificación de las operaciones de retorno. Lo cual ya ha supuesto un retraso en la hoja de ruta marcada por la Comisión cuando se presentó a esta nueva Agencia, de nuevo muy dependiente de los Estados miembros, de forma muy similar a su predecesora, FRONTEX.

Todavía es pronto para cuestionar la eficacia de la Agencia de la GEFC debido a la reciente aprobación de su Reglamento. En cualquier caso, no es aventurado pensar que las mayores competencias y medios de una agencia europea de coordinación y apoyo, solo constituyen un paso más hacia la búsqueda de soluciones para esta grave crisis migratoria. No está de más recordar que la UE se fundamenta en los valores de dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos; y los Estados miembros están obligados a cumplir con estos valores en todos sus ámbitos de actuación, incluida la gestión de sus fronteras externas. A buen seguro, la respuesta definitiva para resolver la grave crisis migratoria pasa por una mayor voluntad política de los Estados miembros y de las instituciones de la UE; pero esta es una cuestión que excede de los objetivos que se han perseguido con este trabajo.

¹⁸³ Comisión Europea - Comunicado de prensa, “Garantizar la seguridad de las fronteras exteriores de Europa Puesta en marcha de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas”, 6 de octubre de 2016, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3281_es.htm

¹⁸⁴ Propuesta de la Comisión COM(2015)671 final, considerando 5.