

Responsabilidad patrimonial en casos de actuaciones conjuntas entre agencias europeas y Estados Miembros

Non-Contractual liability in cases of joint actions between EU agencies and Member States

*Teresa Acosta Penco*¹

Prof.^a. Ayudante Doctora de Derecho Administrativo

Universidad de Córdoba

<https://orcid.org/0000-0002-4914-414X>

RESUMEN: La STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*, trae causa de una acción de responsabilidad extracontractual interpuesta contra la Agencia Frontex por los miembros de una familia siria que fueron trasladados a Turquía desde Grecia en una Operación de Retorno coordinada por la citada Agencia. *WS y otros c. Frontex* no solo representaba la primera oportunidad para el TG de aclarar el régimen de responsabilidad de Frontex respecto a las vulneraciones de derechos humanos producidas en las operaciones que coordina. El caso ofrecía una coyuntura idónea para abordar los problemas que plantea la cada vez más frecuente ejecución mixta del Derecho de la Unión. Sin embargo, el pronunciamiento del TG ha defraudado considerablemente las expectativas. No tanto por el sentido del fallo, desestimatorio, como por el cauce argumentativo empleado por el tribunal. El objeto del presente trabajo es analizar fundadamente la resolución del TG e intentar subsanar las carencias de las que adolece en lo que respecta al sometimiento de las Agencias Europeas al Derecho de la Unión cuando actúan junto con un Estado miembro.

ABSTRACT: The judgment of the EGC of 6 September 2023, *WS et al. v. Frontex*, concerns an action for non-contractual liability brought against the Frontex Agency by members of a Syrian family who were transferred to Turkey from Greece in a Return Operation coordinated by the Agency. *WS et al. v. Frontex* was not only

¹ Este trabajo ha sido fruto de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia 00903 (Junta de Andalucía) «La nueva Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Derecho en Europa» y del Proyecto de Investigación PID 2022-138118NB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación) «La Administración sancionadora de la Unión Europea».

Recibido: 2-08-2024

Aceptado: 3-10-2024

the first opportunity for the GC to clarify Frontex's liability regime for human rights violations in the operations it coordinates. The case provided an ideal juncture to address the problems posed by the increasingly frequent mixed enforcement of European Union Law. However, the decision of the GC has considerably disappointed expectations. Not so much because of the sense of the ruling, which was dismissed, but rather because of the argumentative approach employed by the court. The purpose of this paper is to analyze the judgment of the GC in a well-founded manner and to try to remedy the shortcomings it suffers from regarding the submission of the European Union Agencies to EU law when they act jointly with a Member State.

PALABRAS CLAVE: Frontex, Responsabilidad Extracontractual, Retorno, Migrantes, Derechos Humanos

KEY WORDS: Frontex, Non-contractual Liability, Return, Migrants, Human Rights

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA *WS Y OTROS C. FRONTEx*, LA PRIMERA DE SU ESPECIE. 1. Frontex y los derechos humanos. 2. Vías de recurso para denunciar la actividad de la Agencia ante el TJUE. 3. La STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*, una primera aproximación. A. Los hechos B. La admisibilidad. C. El fallo. III. EL CONTROL DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. Concepto de control fronterizo. 2. En especial, la actividad de vigilancia fronteriza. 3. La interacción entre el Código de Fronteras Schengen y la Directiva Retorno en materia de vigilancia fronteriza. IV. EL PAPEL DE FRONTEX EN EL CONTROL DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. Las operaciones coordinadas por Frontex. A. Concepto. B. Puesta en marcha de la operación. C. El plan operativo. 2. Modalidades de operaciones coordinadas por la Agencia. A. Operaciones de retorno. B. Operaciones de vigilancia fronteriza. 3. Funciones de Frontex en las operaciones que coordina. A. Asistencia técnica y operativa a los Estados miembros. B. Garantizar la protección de los derechos humanos de las personas implicadas en las operaciones. V. STG *WS Y OTROS C. FRONTEx*: LA CUESTIONADA INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA REPROCHADA A FRONTEX Y EL DAÑO ALEGADO. 1. La atribución de la conducta. 2. La ilicitud de la conducta. A. Vulneración de una norma destinada a conferir derechos a los particulares B. Violación suficientemente caracterizada. 3. La existencia de un daño real y efectivo. 4. Nexo causal entre la conducta ilícita y el daño generado. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A raíz de la Primavera Árabe, las fronteras exteriores de la Unión Europea se convirtieron en el escenario de la mayor crisis humanitaria desde la Segunda Guerra Mundial. Solo en el año 2015, punto álgido de la crisis migratoria, se registraron 1.830.000 cruces irregulares en las fronteras exteriores de la Unión, 4.054 fallecimientos de personas que trataban de alcanzar territorio europeo y 1.300.000 solicitudes de protección internacional. No obstante, los nacionales de terceros Estados no fueron los únicos damnificados por la crisis migratoria, ya que esta última también afectó a los principios que vertebran la integración, como la libre circulación de ciudadanos de la Unión entre Estados miembros.

Entre septiembre de 2015 y septiembre de 2017, los controles fronterizos entre Estados miembros se restablecieron y prorrogaron casi 50 veces como consecuencia de los movimientos secundarios de migrantes no identificados (frente a los 36 casos de restablecimiento de controles fronterizos en el periodo 2006-2015)². Ello constituyó un síntoma de desconfianza entre Estados miembros en lo que respecta al control de las fronteras exteriores comunes. En este contexto, la Política común sobre control de fronteras (art. 77 TFUE) emergió como el título competencial idóneo del legislador de la Unión para afrontar los retos derivados de la llegada constante y masiva de nacionales de terceros Estados a la UE. Muestra de ello es la evolución de la Agencia Frontex, creada en 2004 con el objetivo de «garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores» [art. 77.1.b) TFUE] e «instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores» [art. 77.1. c) TFUE].

En su origen, la función principal de la Agencia Frontex era la asistencia y coordinación de la cooperación operativa entre los Estados miembros en las fronteras exteriores de la Unión Europea³. Dicha cooperación operativa se articulaba, principalmente, en forma de operaciones conjuntas desplegadas en Estados miembros afectados por retos migratorios concretos y desproporcionados. Sin embargo, ante el recrudecimiento de la situación en las fronteras exteriores de la Unión, el mandato de la Agencia ha experimentado un considerable crecimiento cuantitativo y cualitativo. Además de cambiar su nombre a Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (en adelante Agencia GEFC, aunque comúnmente se le sigue conociendo como Frontex), desde 2016 comparte la responsabilidad con las autoridades nacionales respecto a la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea, integrándose

² Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo que respecta a las normas aplicables al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores [COM (2017) 571 final], p. 2.

³ Artículo 2.1 Reglamento (CE) n.º 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.

una y otras en la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Así lo disponía el art. 5.1 Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016 (en adelante, Reglamento GEFC 2016). Y así lo dispone también su sucesor (actualmente, en vigor), el art. 7.1 Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas (en adelante, Reglamento GEFC 2019). En virtud de estos preceptos homólogos, «La Guardia Europea de Fronteras y Costas realizará la gestión europea integrada de las fronteras como *responsabilidad compartida* de la Agencia y de las autoridades nacionales responsables de la gestión de las fronteras (...)». Ahora bien, los preceptos citados concluyen, *in fine*, que «(...) Los *Estados miembros* serán los *principales responsables* de la gestión de sus secciones de las fronteras exteriores» (cursiva añadida). Esta aparente contradicción en materia de responsabilidad en lo que respecta a la gestión de las fronteras exteriores de la UE va más allá del articulado de los citados reglamentos. Como sucede en otros casos de ejecución mixta del Derecho de la Unión, en la práctica existen grandes dificultades para determinar el régimen de responsabilidad de cada uno de los agentes participantes en una determinada actuación «multinivel» (Instituciones de la Unión-Estados miembros)⁴.

En este escenario de incertidumbre, la STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*, se presentaba como una oportunidad única para esclarecer los difusos contornos que delimitan el régimen de funciones y responsabilidad de la Agencia y los Estados miembros en el marco de las citadas operaciones conjuntas⁵. Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar, el TG ha preferido evitar pronunciarse sobre las cuestiones clave que planteaba el caso. El objeto de este trabajo es tratar de subsanar las carencias de la sentencia y permitir al lector, teniendo en cuenta el escenario planteado y la normativa aplicable en el momento de los hechos (2016), determinar si la Agencia Frontex debe asumir alguna responsabilidad en las operaciones que coordina. Por este motivo, sin perjuicio de que se hagan puntuales referencias al Reglamento GEFC 2019, la base sobre la cual se articulará el análisis será el Reglamento GEFC 2016.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA *WS Y OTROS C. FRONTEx*, LA PRIMERA DE SU ESPECIE

1. Frontex y los derechos humanos

HEGEL decía que «Las verdaderas tragedias no resultan del enfrentamiento entre un derecho y una injusticia. Surgen del choque entre dos derechos». A raíz de

⁴ Al respecto, *vid.* FINK, M. (2018).

⁵ STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*, asunto T-600/21.

la crisis migratoria, las fronteras exteriores de la Unión Europea se han convertido en el escenario de una contienda entre dos derechos: el derecho de todo Estado a determinar quién y cómo puede entrar en su territorio y los derechos humanos de los migrantes que pretenden acceder al territorio de un Estado. El resultado es de sobra conocido: una auténtica tragedia, en palabras de HEGEL. Y ha sido una tragedia, en parte, porque Frontex ha incumplido una de sus principales tareas, que es mediar en esa contienda para que las dos partes puedan ejercitar sus respectivos derechos.

En efecto, desde el año 2016, una de las principales funciones de Frontex debe ser contribuir «a la aplicación constante y uniforme del Derecho de la Unión, incluido el acervo de la Unión en materia de derechos fundamentales, en todas las fronteras exteriores» (art. 6 Reglamento GEFC 2016). Y decimos «debe ser» porque, en la práctica, la labor de Frontex ha distado mucho de haber contribuido a garantizar la aplicación del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales. Más bien al contrario. En diciembre de 2020, la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) inició una investigación interna sobre la Agencia Frontex. Dicha investigación traía causa de unos correos recibidos en octubre del mismo año en los que se alegaban presuntas irregularidades de Frontex durante la Operación Conjunta Poseidón; operación solicitada por Grecia y coordinada por la Agencia para ser desplegada en el Mar Egeo con la finalidad de controlar los flujos migratorios procedentes de Turquía. El demoledor informe concluyó que la Agencia Frontex presenció y encubrió devoluciones ilegales de migrantes a Turquía realizadas por las autoridades fronterizas griegas, lo cual provocó la dimisión del entonces director ejecutivo de la Agencia, Fabrice Leggeri⁶.

2. Vías de recurso para denunciar la actividad de la Agencia ante el TJUE

En este contexto, parece que resulta esencial determinar qué vías judiciales tienen a su disposición los migrantes para denunciar las posibles vulneraciones de de-

⁶ Informe disponible en: <https://fragdenstaat.de/dokumente/233972-olaf-final-report-on-frontex/>
En líneas similares a la OLAF, el Parlamento Europeo y el Defensor del Pueblo Europeo han manifestado sus preocupaciones sobre el respeto a los derechos humanos en las operaciones coordinadas por Frontex:

- Parlamento Europeo, «Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations», Working Document LIBE Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 14/7/2021 (Disponible en

https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/238156/14072021%20Final%20Report%20FSWG_en.pdf).

- Defensor del Pueblo Europeo, «Decisión sobre el modo en que la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex) cumple sus obligaciones en materia de derechos fundamentales en relación con la búsqueda y el salvamento en el contexto de sus actividades de vigilancia marítima, en particular el naufragio de Adriana (OI/3/2023/MHZ)», 26/2/2024 (Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/es/decision/es/182665>).

rechos humanos cometidas por la Agencia durante las operaciones que coordina. Al respecto, cabe destacar que las funciones de Frontex suelen cristalizar en actuaciones de naturaleza material (coordinación, asistencia técnica y operativa, asesoramiento y supervisión), no en actos jurídicos vinculantes destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros⁷.

Con carácter general, existen tres vías a disposición de los particulares para denunciar ante el TJUE la ilegalidad de las actuaciones de las Instituciones de la Unión: el recurso de anulación (art. 263 TFUE), el recurso por omisión (art. 265 TFUE) y la acción de responsabilidad extracontractual (art. 268 TFUE, en relación con el art. 340 TFUE). Sin embargo, en el caso concreto de las operaciones coordinadas por Frontex, el auto del TG en el caso *SS y ST c. Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas* desveló la inadecuación del recurso por omisión para denunciar vulneraciones de derechos fundamentales cometidas por la Agencia⁸. En cuanto a las dos vías restantes, la principal diferencia entre el recurso de anulación y la acción de responsabilidad extracontractual es que en el primero se pretende la anulación de un acto de las Instituciones de la Unión y en el segundo «se solicita, no la anulación de un acto, sino la constatación de una conducta ilegal de las Instituciones o agentes europeos que, al producir un perjuicio al interesado, da derecho a éste a reclamar una indemnización por los daños sufridos»⁹. Al implicar la constatación de la ilegalidad

⁷ En este sentido, conviene diferenciar la actividad jurídica y la actividad material de la Administración Pública (de la Unión Europea, en nuestro caso). Según REBOLLO PUIG, la actividad jurídica «está constituida por declaraciones de la Administración. Sus formas prototípicas son los reglamentos, los actos administrativos y, si interviene concurrentemente la declaración de otro sujeto, los convenios». A esta se contraponen la actividad material, que incluye «unas variopintas actuaciones dependientes de la voluntad de la Administración, pero no expresada mediante declaraciones, sino mediante hechos» [REBOLLO PUIG, M. (2017:58)].

⁸ Auto del TG, de 7 de abril de 2022, *SS y ST c. Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas*, asunto T-282/21. Los demandantes denunciaron ante el TG la negativa del director ejecutivo de la Agencia a suspender la Operación Poseidón, a la vista de las serias y persistentes vulneraciones de derechos humanos que se estaban produciendo. En efecto, de conformidad con el artículo 46.4 Reglamento GEFC 2019 (vigente en el momento de los hechos), «El director ejecutivo podrá, tras consultar con el Agente de derechos fundamentales e informar al Estado miembro de que se trate, retirar la financiación de cualquier actividad de la Agencia o suspender o poner fin, tanto total como parcialmente, a tal actividad, si considera que se están produciendo violaciones de derechos fundamentales o de obligaciones de protección internacional graves o que es probable que persistan en relación con la actividad de que se trate». En el caso objeto de análisis, ante la solicitud de suspensión de la operación, el director ejecutivo informó por carta que «ninguno de los incidentes mencionados por los demandantes demostraba la vulneración de derechos fundamentales», por lo que no se reunían los requisitos para suspender la operación (ap. 29). La existencia de una respuesta del director ejecutivo al requerimiento de los demandantes motivó la inadmisibilidad del recurso, aduciendo el TG que, de conformidad con el artículo 265 TFUE, para que la cuestión sea admisible es necesario que la institución, ante un requerimiento, no haya definido su posición en el plazo de dos meses (ap. 20). El director ejecutivo de Frontex sí lo hizo.

⁹ FUENTETAJA PASTOR (2016:413).

de una actividad (jurídica o material), no la anulación de un acto jurídico, la acción de responsabilidad extracontractual siempre se ha considerado, en abstracto, como la vía más factible para lograr la estimación de las pretensiones de los migrantes cuyos derechos han sido vulnerados por la Agencia¹⁰. Al fin y al cabo, como afirma FINK, «las violaciones de derechos humanos de las que estamos hablando no se producen en forma de resolución escrita pulcramente sellada»¹¹. En este escenario, la STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*, era la primera oportunidad para confirmar estas hipótesis.

3. La STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*, una primera aproximación

Como hemos mencionado, la acción de responsabilidad extracontractual interpuesta por WS y otros contra Frontex presentaba especial importancia para la doctrina, al ser la primera vez que se utilizaba la supuesta vía más idónea para atacar la cuestionada actividad de la Agencia. Sin embargo, para la mayoría de los autores, las expectativas han sido claramente defraudadas. No solo por el fallo, desestimatorio, sino también, y principalmente, por los argumentos empleados por el TG para llegar a tal desestimación.

A. Los hechos

El recurso fue interpuesto por una familia siria que llegó por cauces irregulares a la isla de Milos (Grecia) el 9 de octubre de 2016. Cinco días después, todos ellos fueron trasladados a un Centro de Acogida e Identificación de otra isla griega (Leros). Allí declararon, cumplimentando el correspondiente formulario, que tenían interés en solicitar protección internacional. Sin embargo, a raíz de una operación de retorno coordinada por la Agencia Frontex en Grecia, los demandantes fueron trasladados a Turquía en avión seis días después. Allí recibieron un permiso de protección internacional. Sin embargo, por miedo a que las autoridades turcas los devolvieran a Siria, la familia abandonó voluntariamente el centro de acogida turco para desplazarse a Saruj (Turquía) y posteriormente a Erbil (Irak), donde viven actualmente. En opinión de los demandantes, si Frontex no hubiera incumplido sus obligaciones en materia de protección de derechos fundamentales durante la operación de retorno, no habrían sido devueltos a Turquía y habrían obtenido la protección internacional a la que tenían derecho, dada la situación en Siria en el momento de los hechos. En concreto, los demandantes afirmaron que Frontex vulneró su derecho de asilo (art. 18 CDFUE), el principio de no devolución (art. 19.2 CDFUE), la prohibición de expulsiones colectivas (art. 19.1 CDFUE), los derechos del menor (art. 24 CDFUE) y

¹⁰ GERBAUDO, M. (2023) y ZIEBRITZKI, C. (2023).

¹¹ FINK, M. (2020).

la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 4 CDFUE), entre otros derechos. Por todo ello, solicitaron una indemnización de 96.000€ por daños materiales (importe del viaje a Grecia; alquiler y acondicionamiento de la vivienda en Saruj; viaje a Irak y alquiler, electricidad, tasas escolares y gastos de subsistencia en Irak, entre otros) y 40.000€ por daños morales (por el sentimiento de angustia sufrido en el viaje a Turquía y por el sentimiento de miedo y el sufrimiento por el peligroso viaje a Irak ante el temor a ser devueltos a Siria por las autoridades turcas).

B. La admisibilidad

Antes de analizar el fallo, conviene detenerse mínimamente en lo que para algunos autores es el gran logro de la sentencia: la admisibilidad del recurso planteado. En efecto, como apunta ZIEBRITZKI, que el TG haya admitido explícitamente que la acción de responsabilidad extracontractual es un medio idóneo para denunciar las vulneraciones de derechos humanos presuntamente cometidas por Frontex en el marco de las operaciones que coordina es un gran éxito¹². Y coincidimos en que es un gran éxito, no sólo en lo que respecta a la gestión de las fronteras exteriores, sino también para el Derecho de la Unión en general y para la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en particular (artículo 47 CDFUE). Al fin y al cabo, haciendo un proceso de abstracción, el fallo del TG conlleva el reconocimiento implícito de una vía directa a disposición de los particulares para denunciar las vulneraciones de derechos humanos sufridas con ocasión del ejercicio de actuaciones materiales por parte de las Instituciones de la Unión Europea.

Como afirma CORNELISSE, la fisonomía de las acciones directas ante el TJUE obedece, tal y como están configuradas en los tratados, a la presunción de que la ejecución material del Derecho de la Unión corresponde a los Estados miembros¹³. Sin embargo, actualmente se tiende, cada vez con más frecuencia, a la interacción material y física de las agencias europeas con los ciudadanos¹⁴. En este contexto, resultaba necesario comenzar un proceso progresivo de adaptación a la realidad de las vías de recurso ante el TJUE. Y tal adaptación no se ha realizado modificando los tratados. Se ha hecho, como en tantas otras ocasiones, por vía jurisprudencial: aun-

¹² ZIEBRITZKI, C. (2023).

¹³ CORNELISSE, G. (2023).

¹⁴ Aunque la gestión de fronteras ha sido un área pionera en lo que respecta a la ejecución conjunta material del Derecho de la Unión (Estados miembros-UE), no es la única. En la misma línea, la Agencia de Asilo de la UE «debe proporcionar a los Estados miembros la asistencia operativa y técnica necesaria para aplicar el presente Reglamento, en particular con expertos que ayuden a las autoridades nacionales a recibir y registrar las solicitudes de protección internacional y que ayuden a la autoridad decisoria en el desempeño de sus funciones, también en lo relativo al examen de las solicitudes de protección internacional (...)» (Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, apartado 12 del preámbulo).

que en su inicio el art. 340 TFUE no estaba destinado a tales cometidos, coincidimos con aquellos autores que afirman que la acción de responsabilidad extracontractual es lo suficientemente flexible como para convertirse en un recurso improvisado para denunciar la violación de derechos fundamentales por actividad material de la UE¹⁵.

C. El fallo

El TG inició su argumentación recordando los tres requisitos para la existencia de responsabilidad extracontractual de la Unión: el comportamiento ilícito de una Institución u órgano de la Unión; la existencia de un daño real y efectivo; y la concurrencia de un nexo causal entre la conducta alegada y el daño sufrido (ap. 35)¹⁶. En lo que respecta al primer requisito, desde BERGADERM la jurisprudencia exige las mismas condiciones que en los casos de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho de la Unión¹⁷: que la norma jurídica vulnerada esté destinada a conferir derechos a los particulares y que se acredite una violación suficientemente caracterizada de dicha norma¹⁸.

Antes de determinar si los requisitos enunciados concurrían en el caso de autos, el TG advirtió, intencionadamente, que «los requisitos para que la Unión genere responsabilidad extracontractual en el sentido del art. 340 TFUE son cumulativos. De lo que se deduce que, cuando no se cumple uno de esos requisitos, el recurso debe desestimarse en su totalidad sin que sea necesario examinar los demás requisitos» (ap. 53). En el caso de autos, incomprensiblemente, el TG decidió comenzar analizando la concurrencia de nexo causal sin abordar previamente las otras dos condiciones¹⁹.

Aunque el TG reconoció que, de conformidad con el Reglamento GEFC 2016, Frontex debía velar por la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco de las operaciones que coordinaba (ap. 63), acto seguido puntualizó que los Estados miembros eran los únicos competentes para adoptar las decisiones de retorno y resolver las solicitudes de protección internacional (ap. 64 y 65)²⁰. La tarea

¹⁵ WARD, A. (2012:607).

¹⁶ Entre otras, STJUE de 17 de febrero de 2017, *Novar c. EUIPO*, as. T-726/14, ap. 25.

¹⁷ STJ de 4 de julio de 200, *Bergaderm y Goupil c. Comisión*, as. C-352/98, ap. 42.

¹⁸ STJ de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur c. República Federal de Alemania*, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, ap. 51.

¹⁹ De conformidad con el apartado 55 de la STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*, «El Tribunal comenzará su examen del recurso abordando la condición de que debe existir una relación de causalidad entre la conducta reprochada y el daño alegado».

²⁰ En efecto, de conformidad con el art. 5 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre normas y procedimientos comunes a los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular, la competencia para adoptar las decisiones de retorno es de los Estados miembros. De la misma forma, de conformidad con el art. 2 f) de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión y retirada de la protección internacional, los Estados miembros son los

de Frontex en las operaciones de retorno, según el TG, «es únicamente proporcionar apoyo técnico y operativo a los Estados miembros, sin analizar los fundamentos de las decisiones de retorno» (ap. 64)²¹. Como consecuencia, de acuerdo con la sentencia, «los demandantes se basan en la premisa incorrecta de que, de no haber sido por los supuestos incumplimientos de Frontex en lo que respecta a sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales en las operaciones de retorno, no habrían sido ilegalmente trasladados a Turquía y no habrían sufrido los daños materiales y morales invocados, ya que habrían obtenido la protección internacional a la que tenían derecho, dada la situación en Siria en el momento de los hechos» (ap. 62). Además, como motivo adicional para justificar el sentido negativo del fallo, el TG destacó que el mero hecho de que la conducta ilícita constituya una condición necesaria para que surja el daño, no es suficiente para establecer una relación causal. Apelando a la doctrina de la conducta culpable del demandante, determinó que el daño invocado debe resultar directamente de la supuesta ilegalidad y no de la elección del demandante sobre cómo reaccionar ante un acto supuestamente ilegal (ap. 67). Según el TG, los daños materiales y morales alegados relativos al coste del alquiler y acondicionamiento de la vivienda en Saruj (Turquía); el coste del transporte a Irak; los sentimientos de miedo y sufrimiento por el citado viaje; y los diversos costes de subsistencia en Irak, eran consecuencia de su decisión de abandonar voluntariamente el centro de acogida turco (ap. 68)²². En conclusión, de la sentencia parece desprenderse que hay dos agentes externos que rompió el nexo causal entre la conducta ilícita alegada a Frontex y el daño sufrido por los demandantes: el Estado miembro competente para adoptar las decisiones en materia de asilo y retorno (Grecia) y los propios demandantes (WS y otros).

En nuestra opinión, tiene sentido, por razones de economía procesal, omitir un pronunciamiento sobre el daño y el nexo causal si se llega a la conclusión de que no hay conducta ilícita. Tiene sentido, por la misma razón, omitir un pronunciamiento sobre el nexo causal y la conducta ilícita si no se acredita el daño. Lo que parece que tiene menos sentido es analizar, en primer lugar y exclusivamente, la concurrencia de nexo causal para determinar si hay o no responsabilidad extracontractual de la

únicos competentes para examinar las solicitudes de protección internacional y adoptar las resoluciones pertinentes.

²¹ De conformidad con el art. 28.1 Reglamento GEFC 2016, «Sin analizar los fundamentos de las decisiones de retorno y de conformidad con la Directiva 2008/115/CE, la Agencia facilitará la asistencia necesaria y, a petición de uno o varios Estados miembros participantes, garantizará la coordinación o la organización de operaciones de retorno, lo que podrá incluir el flete de aeronaves para estas operaciones».

²² Respecto al importe del viaje a Grecia [vid., epígrafe II (3.A)], el TG señaló de entrada que los gastos relacionados con los honorarios de los contrabandistas en que incurrieron los demandantes para viajar a Grecia eran anteriores a la operación de retorno, de modo que no podían ser una consecuencia directa del comportamiento del que Frontex estaba acusada (STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*, ap. 61).

Unión Europea. Y tiene menos sentido porque, necesariamente, para analizar la concurrencia de nexo causal entre la conducta ilícita y el daño, antes es imprescindible considerar estos dos últimos aspectos. Pues bien, en *WS y otros c. Frontex*, sin determinar en qué consisten las funciones de Frontex (atribución de conducta) y si dichas funciones fueron ejercidas correctamente (calificación de la conducta), el TG concluyó que los demandantes no fueron capaces de acreditar la existencia de nexo causal. En definitiva, en lo que algunos autores denominan «cortocircuito argumentativo», el TG entremezcló cuestiones de atribución de conducta, de calificación de la conducta y de causalidad²³. El resultado, a nuestro juicio, ha sido una incongruencia omisiva por parte del TG. Y ello porque las pretensiones de los demandantes estaban destinadas a denunciar la vulneración de sus derechos durante la ejecución de la decisión de retorno, no en la fase relativa a la adopción de la misma. Naturalmente, son dos instancias distintas y sucesivas que conllevan a la producción de un determinado resultado.

A la espera de la resolución del recurso de casación interpuesto por los demandantes ante el TJUE, nuestra intención en los siguientes epígrafes es exponer y analizar, con ayuda de la normativa vigente en el momento de los hechos (principalmente, Reglamento GEFC 2016), el régimen jurídico de las operaciones coordinadas por la Agencia. De esta forma, se intentará dilucidar, en el marco de esta modalidad de ejecución mixta del Derecho de la Unión, qué funciones corresponden a Frontex y cuáles otras son competencia de los Estados miembros. Con ello, se pretenden subsanar las carencias de la sentencia en lo que respecta a la atribución y calificación de la conducta generadora del daño y determinar, teniendo en cuenta también el resto de los requisitos en materia de responsabilidad extracontractual de la UE, si el fallo del TG debería haber sido otro.

III. EL CONTROL DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA

Con la finalidad de cumplir el objetivo marcado por el artículo 77.1.b) TFUE (garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores), el apartado segundo del mismo precepto prevé que el Parlamento Europeo y el Consejo adopten, «con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a: b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores» [artículo 77.2 b) TFUE]. En ejecución de este mandato, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento (UE) 2016/399, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para

²³ CORNELISSE, G. (2023).

el cruce de personas por las fronteras (en adelante, Código de Fronteras Schengen o CFS)²⁴.

Pese a la existencia de un corpus normativo común en materia de control fronterizo, como hemos anticipado, los Estados miembros son los principales responsables de la gestión de sus secciones de fronteras. Como consecuencia, en principio, es a estos últimos a quienes corresponde la ejecución del CFS en sus respectivos territorios. Así se deduce del artículo 15 CFS, en virtud del cual se crea como obligación nacional que «Los Estados miembros dispondrán de personal y medios adecuados y en número suficiente para ejercer el control de las fronteras exteriores (...) con el fin de garantizar un nivel elevado, uniforme y efectivo de control en sus fronteras exteriores». Esta reserva de potestades ejecutivas en materia de control fronterizo a los Estados miembros se debe a la estrecha vinculación entre estas últimas y el mantenimiento del orden público y la seguridad interior (competencias reservadas a los Estados miembros de conformidad con el artículo 72 TFUE)²⁵. El ejemplo más ilustrativo de este estrecho vínculo son aquellos Estados miembros, como España, en los que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado encargados del mantenimiento del orden público y la seguridad interior (Guardia Civil y Policía Nacional) son los mismos que tienen asignado el ejercicio de las potestades de control fronterizo.

1. Concepto de control fronterizo

El artículo 2.10 CFS entiende por control fronterizo aquella «actividad realizada en las fronteras, de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento y a los efectos del mismo, que, con independencia de otros motivos, [responda] a la intención de cruzar la frontera o [al] propio acto de cruzarla y que consista en la realización de inspecciones fronterizas y de actividades de vigilancia de fronteras» (artículo 2.10 CFS). Mientras que las inspecciones fronterizas son «efectuadas en los pasos fronterizos con el fin de garantizar que pueda autorizarse la entrada de personas (...)» (artículo 2.11 CFS), la vigilancia fronteriza es la actividad realizada «entre los pasos fronterizos y en estos últimos fuera de los horarios de apertura establecidos, con el fin de impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones fronterizas» (artículo 2.12 CFS). De su definición puede deducirse su diferente naturaleza pues, en tanto que las primeras tratan de canalizar la entrada regular de personas, la se-

²⁴ Esta norma vino a sustituir al Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras.

²⁵ Como sostiene MANGAS MARTÍN, en materia de control fronterizo «los Estados miembros tienen su compromiso jurídico con la Unión, pero la Unión debe permitir al Estado miembro desenvolverse como tal en el orden externo y, de forma especial, tiene que dar preferencia al cumplimiento de las obligaciones del Estado cuando se trata de su autoconservación, preservando el orden público dentro de sus fronteras, la seguridad de su territorio y su integridad territorial» [MANGAS MARTÍN, A. (2015:236)].

gunda resulta de aplicación en los casos de entrada irregular (consumada o en grado de tentativa).

La principal finalidad de la actividad de control fronterizo es, por tanto, asegurar que únicamente aquellas personas que están autorizadas a entrar en un determinado país cruzan efectivamente la frontera²⁶. En este sentido, DEN HEIJER considera los controles fronterizos como instrumentos de policía que permiten asegurar la efectiva implementación de la legislación migratoria de un país²⁷. Lo apuntado por este autor nos invita a encuadrar esta actividad en el seno de la llamada actividad administrativa de limitación, entendiéndose por tal aquella en la que la Administración «impone restricciones, deberes o de cualquier otra forma ordena imperativamente las actuaciones privadas con el fin de garantizar algún interés público; vigila el cumplimiento de todo ello; y reacciona ante los incumplimientos para restablecer el interés público»²⁸.

En efecto, en primer lugar, el CFS establece una serie de deberes o condiciones a las personas que pretendan entrar en la Unión Europea. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 5.1 CFS, «Las fronteras exteriores solo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas». En segundo lugar, en los arts. 8 y ss., el citado Código regula las actividades de control tendentes a garantizar el cumplimiento de tales condiciones (inspección y vigilancia). Por último, el Reglamento determina las distintas medidas de reacción frente a los posibles incumplimientos (por ejemplo, la denegación de entrada prevista en el art. 14 CFS).

2. En especial, la actividad de vigilancia fronteriza

Independientemente de la causa que motivaba la voluntad de emigrar, durante la crisis migratoria todos los migrantes utilizaban las mismas vías y medios de entrada a la Unión Europea. Vías de entrada cuya característica esencial era su naturaleza irregular, ya fuera por tierra o por mar. Así sucedió con los recurrentes de *WS* y *otros c. Frontex*, que llegaron irregularmente por vía marítima a la isla griega de Milos junto con otras 114 personas. En estos casos, la entrada no se producía a través de los puestos fronterizos habilitados (artículo 5.1 CFS), sino mediante el cruce de la línea fronteriza en cualquier sección de su trazado. Como consecuencia, la actividad de control fronterizo que asumió un mayor protagonismo durante la crisis migratoria

²⁶ De dicha función se encargan los guardias fronterizos, es decir, «todo funcionario público destinado, de conformidad con el Derecho interno, en un paso fronterizo o a lo largo de la frontera o en la proximidad inmediata de esta, que realice, de conformidad con el presente Reglamento y el Derecho interno, misiones de control fronterizo» (artículo 2.14 CFS). En el caso de España, serían la Guardia Civil (vigilancia) y la Policía Nacional (inspecciones).

²⁷ DEN HEIJER, M. (2010: 196-197).

²⁸ REBOLLO PUIG, M. (2019:19).

fue la vigilancia fronteriza, la cual, recordamos, es realizada «entre los pasos fronterizos y en estos últimos fuera de los horarios de apertura establecidos, con el fin de impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones fronterizas» (artículo 2.12 CFS).

Más allá de la caracterización ofrecida por el artículo 2 CFS, el artículo 13.1 CFS ha optado por definir la vigilancia fronteriza a través de sus objetivos, disponiendo que «la vigilancia de las fronteras tiene por objeto principal impedir el cruce no autorizado de la frontera (...) y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente». Para la consecución de tales objetivos es necesario realizar dos actividades administrativas de distinta naturaleza: una preventiva, destinada a detectar los cruces no autorizados, y otra correctiva, con la finalidad de reaccionar frente a tales cruces o evitar que se lleguen a producir. Como consecuencia, en un mismo concepto se aúnan dos finalidades independientes propias de la actividad administrativa de limitación: la verificación del cumplimiento de los deberes destinados a ordenar una actividad y la reacción frente a los incumplimientos (consumados o en grado de tentativa).

3. La interacción entre el Código de Fronteras Schengen y la Directiva Retorno en materia de vigilancia fronteriza

Como venimos adelantando, la vigilancia fronteriza comprende dos actividades administrativas distintas: una destinada a detectar los cruces de frontera no autorizados y otra que tiene por finalidad reaccionar frente a los cruces irregulares o evitar que se lleguen a producir. En cuanto a su naturaleza jurídica, en el primer caso está clara, pues nos encontramos ante una actividad de naturaleza material que comprende el ejercicio de potestades ordenatorias (v.gr., requerimiento de documentación), conformatorias (v.gr., registros o cacheos) o de mera observación de la realidad (mediante la utilización de medios técnicos, como drones o radares). Sin embargo, en lo que respecta la segunda fase de la actividad de vigilancia (reacción frente a los cruces fronterizos irregulares), su configuración jurídica en el Derecho de la Unión no es tan evidente.

El artículo 13.1 CFS establece, *in fine*, que «Toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE [Directiva Retorno]²⁹». Como consecuencia, en teoría, debe entenderse que la fase de la actividad de vigilancia fronteriza consis-

²⁹ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

tente en adoptar medidas de reacción contra aquellas personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente es una actividad jurídica procedimentalizada. De hecho, el objeto de la Directiva a la que se remite el artículo 13.1 CFS es establecer «normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos» (artículo 1 Directiva Retorno). Entre las garantías procedimentales que contempla la Directiva cabe mencionar la adopción de una decisión por escrito (artículo 12.1), la existencia de vías de recurso (artículo 13.1) o la asistencia jurídica gratuita (artículo 13.4).

Sin embargo, de conformidad con el artículo 2.2 a) Directiva Retorno, «Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países: a) a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro». Esta exclusión comporta una importante disminución de las garantías previstas en la Directiva. En concreto, permitiría que, una vez identificados los migrantes, descartadas vulnerabilidades relativas a su persona (minoría de edad, asistencia sanitaria, estado de gestación) y respetando el principio de no devolución, fueran expulsados del Estado miembro en el que han entrado o pretendido entrar irregularmente (artículo 4.4 Directiva Retorno)³⁰.

De acuerdo con lo expuesto, la interacción entre el CFS y la Directiva Retorno deja un amplio margen de autonomía a los Estados miembros para que decidan la configuración jurídica de las medidas de reacción frente a los cruces fronterizos no autorizados. De conformidad con el artículo 13.1 CFS, pueden optar por regular procedimientos de extranjería a nivel nacional que cumplan con las prescripciones y garantías de la Directiva Retorno. Sin embargo, de conformidad con el artículo 2.2.a) de esta última, también pueden decidir no aplicar la citada directiva a aquellas personas que hayan cruzado o pretendan cruzar irregularmente la frontera, optando por vías más simplificadas en las que se respeten unas garantías mínimas (como el principio de no devolución).

³⁰ En virtud del artículo 4.4 Directiva Retorno, los Estados miembros asegurarán el cumplimiento de garantías básicas, como el principio de no devolución o la toma en consideración de personas vulnerables respecto a los nacionales de terceros países que hayan sido excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva en virtud, precisamente, de este artículo 2.2.

Parece que la intención del legislador es que los Estados miembros, partiendo de unas premisas básicas comúnmente acordadas, adapten el régimen jurídico de vigilancia fronteriza a las particularidades de sus respectivas fronteras y ordenamientos jurídicos. Es precisamente este amplio abanico de posibilidades el que ha provocado, a raíz de la crisis migratoria, que en muchos Estados miembros se proceda a la sustitución de los procedimientos de extranjería (actividad jurídica) por la coacción directa (actividad material) para reaccionar frente a los cruces fronterizos irregulares. Nos referimos a la conocida práctica de las devoluciones en caliente, las cuales se producen tanto en la frontera terrestre (por ejemplo, en las vallas de Ceuta y Melilla) como en la frontera marítima (por ejemplo, mediante el desvío de embarcaciones para expulsarlas del mar territorial o la zona contigua de los Estados miembros).

IV. EL PAPEL DE FRONTEX EN EL CONTROL DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA

Una vez expuestos los principales aspectos de la actividad de control fronterizo, se han alcanzado una serie de conclusiones. En primer lugar, que los Estados miembros son los principales responsables del control de sus respectivas secciones de frontera y, como consecuencia, del ejercicio de las potestades de vigilancia previstas en el CFS. En segundo lugar, que la vigilancia fronteriza es un concepto dual que se descompone en dos actividades: la detección de los cruces de frontera no autorizados y la reacción frente a los cruces irregulares de la frontera, tanto consumados como en grado de tentativa. Por último, en lo que respecta a la reacción frente a dichos cruces, los Estados miembros pueden optar entre adoptar una decisión escrita de conformidad con las garantías previstas en la Directiva Retorno (reacción procedimentalizada) o acogerse a vías de reacción más simplificadas que respeten unas garantías mínimas (coacción directa).

En este contexto, el objeto de este epígrafe es determinar qué funciones desempeña Frontex en lo que respecta al control de las fronteras exteriores de la Unión. En concreto, se tratará de concretar en qué consiste la asistencia técnica y operativa de Frontex a los Estados miembros en cada una de las fases de la vigilancia fronteriza. Ello resulta esencial para desgranar el régimen de responsabilidad de cada uno de los agentes participantes en las operaciones coordinadas por la Agencia. Conviene recordar, de nuevo, que el régimen jurídico que se expondrá a continuación es el que estaba vigente en el momento de los hechos de la sentencia analizada, el Reglamento GEFC 2016, aunque posteriormente este haya quedado derogado por el Reglamento GEFC 2019.

1. Las operaciones coordinadas por Frontex

Aunque los Estados miembros son los principales responsables de la gestión de sus respectivas secciones fronterizas, «la Agencia apoyará la aplicación de las medidas de la Unión relacionadas con la gestión de las fronteras exteriores mediante el refuerzo, la evaluación y coordinación de las acciones de los Estados miembros para la ejecución de dichas medidas, así como en materia de retorno» (art. 5.3 Reglamento GEFC 2016). Desde su origen, el principal instrumento de coordinación y refuerzo de las acciones de los Estados miembros en lo que respecta a la gestión de sus fronteras son las operaciones coordinadas por la Agencia. Dado que los demandantes del caso *WS y otros c. Frontex* denunciaron la vulneración de sus derechos en el contexto de una de estas operaciones, a continuación, se expondrán sus rasgos esenciales.

A. Concepto

En el momento de los hechos, las operaciones coordinadas por la Agencia podían ser definidas como una forma de cooperación operativa entre Estados miembros de la Unión Europea consistente en el despliegue de personal especializado (principalmente guardias fronterizos) y/o equipo técnico (aeronaves, buques, patrulleras) procedentes de uno o varios Estados miembros en la frontera exterior de otro Estado miembro que precisaba y solicitaba asistencia operativa y técnica reforzada, especialmente en casos de presiones migratorias específicas y desproporcionadas³¹.

B. Puesta en marcha de la operación

En el año 2016 había dos formas de poner en marcha una cooperación operativa coordinada por la Agencia. En primer lugar, estas modalidades de cooperación podían iniciarse como consecuencia de una solicitud o petición de un Estado miembro que, de forma autónoma y voluntaria, consideraba que precisaba de la asistencia de la Agencia. En segundo lugar, la iniciación de la operación podía ser fruto de una recomendación de la Agencia que, en virtud de los resultados de un procedimiento de evaluación de la vulnerabilidad o cuando se atribuyera un impacto crítico a una o varias zonas de la frontera exterior, sugería a un determinado Estado miembro que solicitara la puesta en marcha una operación³².

³¹ Actualmente, las operaciones coordinadas por la Agencia han variado significativamente. El Reglamento GEFC 2019 contempla la incorporación de personal estatutario de la Agencia con competencias en materia de control fronterizo. Es decir, los guardias fronterizos desplegados ya no son exclusivamente guardias fronterizos nacionales, sino también guardias fronterizos funcionarios de la Unión Europea. En cuanto a los medios técnicos, la Agencia puede realizar sus propias aportaciones a las operaciones desde 2007, aunque esta posibilidad se ha materializado, también, a partir de 2019.

³² Sobre las consecuencias para los Estados miembros de no seguir la recomendación de la Agencia de solicitar la puesta en marcha de una operación conjunta *vid.*, ACOSTA PENCO, T. (2023).

Independientemente de si la modalidad concreta de cooperación se había producido por petición voluntaria de un Estado miembro o a raíz de una recomendación de la Agencia, el «Estado miembro de acogida» era aquel en cuyo territorio tenía lugar una operación coordinada por Frontex. Por el contrario, «Estado miembro participante» era aquel que participaba en una operación coordinada por la Agencia facilitando medios técnicos y/o humanos. En 2016, la contribución de los Estados miembros a los equipos técnicos y humanos se planificaba sobre la base de negociaciones y acuerdos bilaterales anuales entre la Agencia y los Estados miembros³³.

C. El plan operativo

Por último, en lo que respecta a la organización de la operación, resulta imprescindible hacer referencia al plan operativo. El plan operativo «cubre todos los elementos necesarios para una adecuada y oportuna organización de la operación coordinada por Frontex, es decir, los aspectos técnicos y organizativos más relevantes de las operaciones»³⁴. Dicho documento era redactado por el director ejecutivo, de acuerdo con el Estado miembro de acogida de la operación. Cabe destacar la naturaleza vinculante del plan operativo para la Agencia, para el Estado miembro de acogida y para los Estados miembros participantes.

2. Modalidades de operaciones coordinadas por la Agencia

En el año 2016 existían distintas modalidades de operaciones coordinadas por Frontex, pero entre ellas destacaban dos: las operaciones de vigilancia fronteriza y las operaciones de retorno. Las vulneraciones de derechos humanos denunciadas en la STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*, tuvieron lugar en una operación de retorno. Sin embargo, para comprender adecuadamente el alcance de las funciones de la Agencia en las distintas modalidades de cooperación operativa, entendemos que es necesario analizarlas en términos comparativos.

A. Operaciones de retorno

En el momento de los hechos valorados en la sentencia analizada, una operación de retorno era una modalidad de cooperación operativa «coordinada por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas con el apoyo técnico y operativo de uno o más Estados miembros en cuyo marco se lleva a cabo el retorno [de

³³ Debido al incumplimiento sistemático por parte de los Estados miembros de los acuerdos y negociaciones alcanzados anualmente respecto a sus contribuciones a los equipos técnicos y/o de guardias fronterizos, el Reglamento GEFC 2019 previó la creación de un cuerpo permanente de guardias fronterizos compuesto, como hemos anticipado, por guardias fronterizos nacionales y por funcionarios de la UE.

³⁴ Frontex / Operations Division / Joint Operation Unit / Sea Sector Border, *Operational Plan (Main Part) Poseidon Sea 2015*, Doc. n° 2015/SBS/07, Varsovia, 15 de enero de 2015, p. 5.

nacionales de terceros Estados] desde uno o más Estados miembros, tanto mediante el retorno forzoso como voluntario» (artículo 2.14 Reglamento GEFC 2016).

Como apuntamos en el epígrafe III (3), en los casos de cruce irregular de las fronteras exteriores de la Unión, los Estados miembros pueden optar por tramitar un procedimiento administrativo de conformidad con la Directiva Retorno (art. 13.1 CFS). Tramitado el correspondiente procedimiento, se adopta una decisión de retorno, la cual se define como un «acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno» (art. 2.4 Directiva Retorno). En las operaciones de retorno, una vez adoptada la correspondiente decisión por el Estado miembro, Frontex intervenía exclusivamente para coordinar la ejecución de la decisión. Así lo disponía el art. 28.1 Reglamento GEFC 2016, conforme al cual «Sin analizar los fundamentos de las decisiones de retorno y de conformidad con la Directiva 2008/115/CE, la Agencia facilitará la asistencia necesaria y, a petición de uno o varios Estados miembros participantes, garantizará la coordinación o la organización de operaciones de retorno, lo que podrá incluir el flete de aeronaves para estas operaciones».

B. Operaciones de vigilancia fronteriza

En el año 2016, las operaciones de vigilancia fronteriza eran modalidades de cooperación operativa en las que la Agencia coordinaba los medios técnicos y/o humanos desplegados por varios Estados miembros para asistir a otro Estado miembro en el control de sus fronteras. Por lo tanto, su objeto era más amplio que el de las operaciones de retorno. En concreto, podían abarcar desde la detección de los cruces irregulares de las fronteras exteriores hasta la reacción frente a los mismos (tanto consumados como en grado de tentativa)³⁵. Fue el caso de la Operación conjunta

³⁵ A los efectos de exponer las distintas fases de una operación conjunta de vigilancia coordinada por Frontex, resulta muy ilustrativo el Reglamento (UE) n.º 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 (en adelante, Reglamento Vigilancia Frontex). En primer lugar, este Reglamento regula las denominadas medidas de detección, consistentes en la obtención de información, ya sea mediante la simple observación a distancia o a través del ejercicio de potestades ordenatorias y conformatorias. Esta se corresponde con la primera fase de la actividad de vigilancia fronteriza, encaminada a prevenir los cruces de frontera no autorizados. Por ejemplo, de conformidad con el art. 6.1 Reglamento Vigilancia Frontex, «En el mar territorial del Estado miembro de acogida o de un Estado miembro vecino participante, dicho Estado autorizará a las unidades participantes, cuando existan indicios razonables para sospechar que un buque puede llevar a bordo personas que pretenden eludir las inspecciones en los pasos fronterizos o que está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar, a que adopten una o varias de las siguientes medidas: a) solicitar información y documentación sobre la propiedad, la matrícula y elementos relacionados con la travesía del buque, así como sobre la identidad, la nacionalidad y otros datos pertinentes de las personas a bordo, incluido si hay personas que necesiten urgentemente asistencia médica, y haciendo saber a las personas que

Poseidón, a la que se ha hecho alusión en este trabajo con ocasión del informe de la OLAF en el que se acreditó la aquiescencia de la Agencia con respecto a las vulneraciones de derechos humanos cometidos por las autoridades griegas para contener los flujos migratorios procedentes de Turquía.

En relación con lo expuesto en el epígrafe III (3), en estos casos la reacción frente a los cruces irregulares no es una actividad procedimentalizada (decisión de retorno), pues la necesidad de actuar de forma inminente lo impide. En las operaciones de vigilancia, en el mismo curso de la operación, el Estado miembro anfitrión opta por utilizar la excepción prevista en la Directiva Retorno para excluir la aplicación de esta a los migrantes «interceptados (...) con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores» [art. 2.2 a)]. Como consecuencia, debiendo respetar una serie de garantías mínimas (como el principio de no devolución), la denegación de entrada o expulsión adopta la forma de coacción directa (vid. nota al pie n.º 35).

Como puede observarse, de una primera aproximación a las distintas modalidades de operaciones coordinadas por la Agencia en el año 2016 se desprende que existían diferencias sustantivas entre unas y otras. La más relevante a efectos de este trabajo es la siguiente: en las operaciones de retorno, la reacción frente al cruce irregular de la frontera se producía en el Estado miembro, en forma de decisión de retorno, que posteriormente era ejecutada bajo la coordinación de Frontex; en las operaciones de vigilancia fronteriza, la reacción del Estado miembro frente al cruce irregular y su ejecución se producían de manera simultánea bajo la coordinación de Frontex, en forma de coacción directa.

3. Funciones de Frontex en las operaciones que coordina

A. Asistencia técnica y operativa a los Estados miembros

De conformidad con el art. 8.1 Reglamento GEFC 2016, a efectos de contribuir a un nivel eficiente, de elevada calidad y uniforme de control fronterizo y de retorno, la Agencia llevaba a cabo las siguientes funciones: «(...) d) asistir a los Estados miembros en circunstancias que requieran un aumento de la asistencia técnica y operativa

se encuentren a bordo que podrían no ser autorizadas a cruzar la frontera». En segundo lugar, de forma independiente, el mismo Reglamento regula todas aquellas medidas tendentes a reaccionar (materialmente) frente a los cruces de frontera no autorizados (consumados o en grado de tentativa) detectados previamente. Como ejemplo de esta segunda fase de la actividad de vigilancia fronteriza que se produce, también, en el seno de las operaciones conjuntas coordinadas por la Agencia, podemos mencionar el segundo apartado del mismo artículo 6 Reglamento Vigilancia Frontex. En virtud de este, «De hallarse elementos probatorios que confirmen la sospecha, el Estado miembro de acogida (...) podrá autorizar a las unidades participantes a (...) b) ordenar al buque que modifique su rumbo para salir del mar territorial o la zona contigua o dirigirse a un destino distinto, inclusive escoltándolo o navegando junto a él hasta que se confirme que el buque se atiene a ese itinerario indicado».

en las fronteras exteriores mediante la coordinación y organización de operaciones conjuntas [de vigilancia]; [y] l) asistir a los Estados miembros, en circunstancias que requieran una mayor asistencia técnica y operativa, a cumplir su obligación de retornar a los retornados, también mediante la coordinación u organización de operaciones de retorno». Como se puede comprobar, el Reglamento GEFC 2016 diferenciaba entre la asistencia a los Estados miembros en materia de vigilancia fronteriza y la asistencia a los Estados miembros en materia de retorno. De hecho, estas operaciones estaban reguladas en secciones distintas del Reglamento GEFC 2016 (secciones 3 y 4 del Capítulo II, respectivamente).

La coordinación y organización de las operaciones de vigilancia por parte de la Agencia se manifestaba, entre otras funciones, en la evaluación y aprobación por parte del director ejecutivo de la propuesta de operación conjunta presentada por el Estado miembro anfitrión (art. 15 Reglamento GEFC 2016); la redacción del plan operativo y su posterior aprobación junto con el Estado miembro anfitrión (art. 16 Reglamento GEFC 2016); la creación y despliegue de los equipos de guardias fronterizos de los Estados miembros participantes (art. 20 Reglamento GEFC); la creación y despliegue de equipos técnicos de los Estados miembros participantes [art. 8 h) Reglamento GEFC]; la financiación o cofinanciación de la operación (art. 14.3 Reglamento GEFC 2016) y el despliegue del Agente de Coordinación (art. 22 Reglamento GEFC 2016). El Agente de coordinación era un miembro del personal de la Agencia nombrado por el director ejecutivo para su despliegue en cada operación de vigilancia. En esencia, era el encargado de reforzar la cooperación y coordinación entre la Agencia, el Estado miembro de acogida y los Estados miembros participantes.

Por su parte, la coordinación y organización de las operaciones de retorno por parte de la Agencia se manifestaba, entre otras funciones, en la evaluación y aprobación de la petición del Estado miembro que solicitaba la puesta en marcha de una operación de retorno (art. 28.1 Reglamento GEFC 2016); la adopción, por parte del director ejecutivo, y la aprobación, junto con el Estado miembro anfitrión, del plan operativo (art. 28.3 Reglamento GEFC 2016); la constatación de que la operación de retorno se llevaba a cabo de conformidad con la Directiva Retorno (art. 28.1 Reglamento GEFC 2016); en su caso, el flete de aeronaves u otro equipamiento técnico (art. 28.1 Reglamento GEFC 2016) y la financiación o cofinanciación de la operación (art. 28.9 Reglamento GEFC 2016). De conformidad con el Reglamento GEFC 2016, las operaciones de retorno no contemplaban el despliegue de guardias fronterizos de Estados miembros participantes. Esta posibilidad sólo estaba prevista para las denominadas «intervenciones en materia de retorno», otra modalidad de cooperación operativa que entró en vigor en enero de 2017 (con posterioridad a los hechos valorados en la sentencia).

Naturalmente, a las diferencias señaladas hay que añadir la del alcance o ámbito de aplicación de la coordinación y asistencia prestada por la Agencia. Recordamos que, en el caso de las operaciones de retorno, dicha coordinación y asistencia se referían a la ejecución de la decisión de retorno adoptada por el Estado miembro que solicitaba la operación. En el caso de la operación de vigilancia, la coordinación y asistencia se referían tanto al ejercicio de las potestades necesarias para detectar los cruces fronterizos irregulares como, en su caso, a las medidas de reacción materiales adoptadas frente a dichos cruces por el Estado miembro de acogida. Tales extremos estaban contemplados en el plan operativo de cada operación.

B. Garantizar la protección de los derechos humanos de las personas implicadas en las operaciones

De conformidad con el artículo 34.1 Reglamento GEFC 2016, «La Guardia Europea de Fronteras y Costas garantizará la protección de los derechos fundamentales en la realización de las tareas que le asigna el presente Reglamento de conformidad con el Derecho de la Unión, especialmente la Carta, el Derecho internacional aplicable, incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, su Protocolo de 1967 y las obligaciones relacionadas con el acceso a la protección internacional, especialmente el principio de no devolución». En concreto, la Agencia «contribuirá a la aplicación constante y uniforme del Derecho de la Unión, incluido el acervo de la Unión en materia de derechos fundamentales, en todas las fronteras exteriores» (art. 6.3 Reglamento GEFC 2016).

a) Derechos especialmente afectados por la actividad de control fronterizo

Teniendo en cuenta los preceptos que se acaban de reproducir, conviene enumerar los derechos que se ven especialmente afectados por la actividad de control fronterizo. Entre ellos destaca el principio de no devolución, conforme al cual «nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes» (art. 19.2 CDFUE); la prohibición de expulsiones colectivas, que pretende evitar que se expulse a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente (art. 19.1 CDFUE); y el derecho de asilo, el cual se garantiza en la UE «dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión» (art. 18 CDFUE). La vulneración de todos ellos, junto con la de otros tantos, fue alegada en la STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex* [vid. epígrafe II (3.A)].

b) Mecanismos de la Agencia para garantizar la protección de los derechos humanos

Con la finalidad de garantizar el respeto a los derechos humanos en el marco de las operaciones coordinadas por la Agencia, el Reglamento GEFC 2016 preveía un conjunto de mecanismos. En primer lugar, destacaba la figura del Agente de Derechos Fundamentales (art. 71 Reglamento GEFC 2016). Designado por el consejo de administración de Frontex, su función principal era supervisar el cumplimiento de los derechos fundamentales en las actividades realizadas por la Agencia. Con tal finalidad, era consultado sobre los planes operativos, informaba periódicamente al consejo de administración y gestionaba las denuncias presentadas en relación con violaciones de derechos fundamentales cometidas en el seno de las operaciones. Tales denuncias podían provenir de los propios afectados, a través del mecanismo interno de denuncia previsto en el art. 72 Reglamento GEFC 2016³⁶, o de los guardias fronterizos participantes en una determinada operación [art. 16.3 h) Reglamento GEFC 2016]. Estos últimos debían dar cuenta, siguiendo los cauces previstos en el plan operativo, de las posibles vulneraciones de derechos humanos cometidas durante la operación en la que se encontraban desplegados³⁷. Como último mecanismo de garantía, y no por ello menos importante, el art. 25.4 Reglamento GEFC 2016 disponía que «El director ejecutivo podrá, tras consultar con el agente de derechos fundamentales e informar al Estado miembro de que se trate, retirar la financiación de una operación (...), así como suspender o poner fin a dichas actividades, tanto total como parcialmente, si considera que se están produciendo violaciones de derechos fundamentales o de obligaciones de protección internacional graves o que es probable que persistan».

Al igual que en la función de asistencia y coordinación [epígrafe IV (3.A)], en lo que respecta a la garantía de protección de los derechos humanos, también con-

³⁶ De conformidad con el artículo 72.2 Reglamento GEFC 2016 «Cualquier persona directamente afectada por las acciones del personal que participa en una operación (...) y que considere que debido a estas actividades se han violado sus derechos fundamentales, así como cualquier parte que represente a dicha persona, podrá presentar una denuncia por escrito ante la Agencia».

³⁷ *Serious Incident Report (SIR)* es un mensaje de alerta que debe ser reportado inmediatamente (en un periodo máximo de dos horas desde la producción del incidente) al *Frontex Situation Centre (FSC)* y a las autoridades del Estado anfitrión en aquellos casos en que se produzca «un incidente importante e inesperado que precise de la inmediata atención de Frontex, siendo de especial relevancia aquellos que supongan una violación de derechos fundamentales». Cualquier persona relacionada o involucrada en las actividades coordinadas por la Agencia está obligada a adoptar inmediatamente las medidas necesarias para tramitar el procedimiento SIR en caso de que conozca o esté directamente envuelta en un incidente serio de acuerdo con el catálogo SIR. El informe debe describir qué sucedió, cuándo y por qué, quién estaba involucrado y qué medidas fueron adoptadas, incluyendo, en particular, posibles violaciones de derechos fundamentales o del derecho a la protección internacional. Información disponible en: <https://www.frontex.europa.eu/fundamental-rights/fundamental-rights-at-frontex/fundamental-rights-at-frontex/>

viene destacar algunas diferencias entre las distintas modalidades de cooperación operativa coordinadas por la Agencia. En las operaciones de vigilancia, más allá del Agente de Derechos Fundamentales, la figura encargada de velar por el respeto de los derechos de los migrantes era el ya citado Agente de Coordinación (personal estatutario de la Agencia). En este sentido, de conformidad con el art. 22.3.b) Reglamento GEFC 2016, el Agente de Coordinación «supervisará la correcta ejecución del plan operativo, incluido lo relativo a la protección de los derechos fundamentales, e informará a la Agencia al respecto». En el caso de las operaciones de retorno, además del Agente de Derechos Fundamentales, la figura que realizaba esta función era el supervisor de retorno forzoso (artículo 2.3 Reglamento GEFC 2016). En concreto, a este le correspondía realizar el control de las citadas operaciones, desde la fase previa a la salida hasta la entrega en el tercer país de retorno, y garantizar que se llevaban a cabo respetando los derechos fundamentales³⁸. Sin embargo, al contrario que el Agente de Coordinación, el supervisor de retorno forzoso era nombrado por el Estado miembro anfitrión, de conformidad con el art. 8.6 Directiva Retorno, entre organizaciones e instituciones independientes de las propias autoridades nacionales³⁹. Aun así, «en las operaciones de retorno también hab[ía] personal de Frontex para comprobar que la operación se lleva[ba] a cabo de acuerdo con los estándares de la UE»⁴⁰. Y ello con la finalidad de dar cumplimiento al art. 28.7 Reglamento GEFC 2016, conforme al cual «en caso de que tenga dudas sobre el respeto de los derechos fundamentales en una operación de retorno, la Agencia comunicará su preocupación a los Estados miembros participantes y a la Comisión».

c) El alcance de la función de garantía de respeto a los derechos humanos

Además de exponer los mecanismos a través de los cuales se garantizaba la protección de los derechos humanos por parte de la Agencia, parece conveniente destacar el alcance de estos mecanismos en las distintas modalidades de cooperación operativa. Como se ha anticipado, en las operaciones de retorno, la decisión de retorno era adoptada por un Estado miembro en su territorio (al margen de la operación) y, posteriormente, esta se ejecutaba bajo la coordinación de Frontex. En las operaciones de vigilancia, la reacción del Estado miembro anfitrión frente a un cruce irregular de su frontera adoptaba la forma de una actuación material, produciéndose en un mismo momento la decisión y la ejecución, bajo la coordinación de Frontex.

³⁸ Art. 13 Decisión del director ejecutivo n.º 2013/67, de 7 de julio de 2013, sobre el Código de conducta para las operaciones conjuntas de retorno coordinadas por Frontex (en adelante, Código de Conducta Operaciones de Retorno).

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Frontex, «Guide for Joint Operations by Air coordinated by Frontex», Warsaw, 2016, p. 17. Teniendo en cuenta que los demandantes del caso *WS y otros c. Frontex* fueron trasladados en avión a Turquía, este documento, aunque no sea vinculante, resulta de especial trascendencia por resultar de aplicación en el momento de los hechos.

La diferencia no es baladí pues, dependiendo del momento en el que se produjera la vulneración de un derecho (en fase de decisión o en fase de ejecución) y del tipo de operación (retorno o vigilancia), la misma entraba o no en el ámbito de aplicación de las funciones de Frontex.

En lo que respecta a las operaciones de retorno, de conformidad con el artículo 28.1 Reglamento GEFC 2016, la Agencia debía prestar su asistencia y coordinación «sin analizar los fundamentos de las decisiones de retorno». Es más, en la Guía de operaciones de retorno por vía aérea coordinadas por Frontex se establecía explícitamente que «Frontex asume que todas las decisiones de retorno ejecutadas a través de una operación conjunta respetan los derechos fundamentales, incluido el principio de no devolución, y el resto del Derecho de la Unión, el derecho internacional y los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales»⁴¹. Es decir, existía una presunción de validez de los actos administrativos dictados por los Estados miembros y la Agencia no era competente para cuestionar su legalidad. Por este motivo, en el marco de una operación de retorno, era poco probable que el personal de la Agencia pudiera constatar que se había producido una vulneración de los derechos especialmente afectados por la actividad de control fronterizo (principio de no devolución, prohibición de expulsiones colectivas y derecho de asilo). Al fin y al cabo, la decisión que provocaba la vulneración no se había adoptado bajo su coordinación ni en su presencia. Ahora bien, que resultara poco probable tal constatación, no significa que fuera imposible.

En las operaciones de retorno, la función de la Agencia era «asistir a los Estados miembros, en circunstancias que requieran una mayor asistencia técnica y operativa, a cumplir su obligación de retornar a los retornados» [art. 8.1 l) Reglamento GEFC 2016]. «Retornado» era el término utilizado por el Reglamento GEFC 2016 para calificar al «nacional de un tercer país en situación irregular que es objeto de una decisión de retorno emitida por un Estado miembro» (art. 2.13). De ambos preceptos se desprende que la decisión de retorno era el presupuesto para el ejercicio de las potestades de coordinación y asistencia de la Agencia en materia de retorno. Por lo tanto, entendemos que, en el año 2016, competía a Frontex constatar que los migrantes que eran objeto de una operación de retorno coordinada por ella contaban con una decisión de retorno; es decir, contaban con «una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno» (art. 3.4 Directiva Retorno). En este sentido, el art. 28.1 Reglamento GEFC 2016 disponía que la Agencia facilitaría la asistencia necesaria y garantizaría la coordinación o la organización de operaciones de retorno «sin analizar los fundamentos las decisiones de retorno y de conformidad con la Directiva 2008/115/CE [Directiva Retorno]». Es decir, si

⁴¹ Frontex, «Guide for Joint Operations by Air coordinated by Frontex», cit., p.10.

bien es cierto que Frontex no podía entrar en el fondo de las decisiones de retorno, para garantizar que la operación de retorno se llevaba a cabo «de conformidad con la Directiva 2008/115/CE», sí que debía constatar su existencia. Y no sólo porque sin dicha decisión carecía de título habilitante para coordinar una operación de retorno, es que la misma era presupuesto imprescindible para el respeto al principio de no devolución, el derecho de asilo o la prohibición de expulsiones colectivas. Por lo tanto, entendemos que, si en una operación de retorno coordinada por Frontex, uno o varios migrantes no contaban con una decisión de retorno, esta circunstancia debía ser comunicada al director ejecutivo (art. 28.7 Reglamento GEFC 2016) para que este suspendiera la operación (art. 25.4 Reglamento GEFC 2016). Recordamos que «en las operaciones de retorno también hab[ía] personal de Frontex para comprobar que la operación se lleva[ba] a cabo de acuerdo con los estándares de la UE»⁴².

Como ha quedado demostrado, para que en 2016 Frontex fuera capaz de constatar la vulneración de determinados derechos humanos (principio de no devolución, prohibición de expulsiones colectivas, derecho de asilo) en una operación de retorno, era necesaria una flagrante violación por parte del Estado miembro anfitrión en la fase previa a la ejecución (v.gr, la ausencia de una decisión de retorno). Sin embargo, en las operaciones de vigilancia la situación era bien distinta, pues no había diferencia geográfica ni temporal entre la fase de decisión y la fase de ejecución. En las operaciones de vigilancia, la reacción frente al migrante que trataba de cruzar las fronteras ilegalmente adoptaba la forma de una actuación material que se llevaba a cabo en el seno de la cooperación operativa, bajo la coordinación de la Agencia. Como consecuencia, en este tipo de operaciones era más plausible que el personal de Frontex pudiera constatar la vulneración de los derechos especialmente afectados por la actividad de control fronterizo. Por ejemplo, sería el caso de un grupo de migrantes que se encontrara en el mar territorial de un Estado miembro y, al ser detectados por un buque de una operación de vigilancia coordinada por Frontex, solicitaran protección internacional. Si, ante esta situación, los guardias fronterizos del Estado miembro anfitrión decidieran remolcar el buque en el que viajaban los migrantes fuera del mar territorial o llevarlos a un tercer país sin identificarlos previamente y sin permitirles solicitar asilo, era sencillo que el personal de Frontex constataste que se estaba vulnerando la prohibición de expulsiones colectivas, el principio de no devolución o el derecho a solicitar asilo. En conclusión, en las operaciones de vigilancia, el hecho de que la decisión sobre el cruce irregular de la frontera se llevara a cabo bajo la coordinación de Frontex, facilitaba que el personal de la Agencia detectara posibles irregularidades y pudiera activar los mecanismos de protección de los derechos humanos que tenían a su disposición (reportar la incidencia al director ejecutivo

⁴² Frontex, «Guide for Joint Operations by Air coordinated by Frontex», cit., p. 17.

para que suspenda la operación, informar al Agente de Derechos Fundamentales, a la Comisión y al Estado miembro anfitrión)⁴³.

V. STG *WS Y OTROS C. FRONTEX*: LA CUESTIONADA INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA REPROCHADA A FRONTEX Y EL DAÑO ALEGADO

Llegados a este punto, tras exponer el régimen jurídico de las operaciones de retorno coordinadas por Frontex en 2016, es el momento de analizar en profundidad el fallo de la STG, de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*. Como anticipamos en el segundo epígrafe de este trabajo, en este caso de responsabilidad extracontractual contra la Agencia Frontex, el TG orilló deliberadamente las cuestiones relativas a la atribución y calificación de la conducta para acabar desestimando el recurso por ruptura del nexo causal. En concreto, a juicio del TG, dicha ruptura se produjo por dos motivos: (1) la adopción de la decisión de retorno y las resoluciones de las solicitudes de protección internacional de los demandantes eran competencia de Grecia y (2) la propia conducta de los demandantes, al decidir voluntariamente abandonar el centro de acogida turco, contribuyó a la producción de los daños materiales y morales alegados.

Dado el sentido del fallo, necesariamente, el TG presuponía varias cuestiones: (1) hubo decisión de retorno; (2) todas las vulneraciones de derechos alegados por los recurrentes estaban asociadas a la conducta de Grecia; y (3) todos los daños alegados eran evitables si los recurrentes no hubieran abandonado el centro de acogida turco. Como veremos a continuación, tales presunciones no son del todo correctas, por lo que conviene analizar, una vez expuesto el papel de Frontex en el control de las fronteras exteriores de la Unión (epígrafe IV), los requisitos para la concurrencia de responsabilidad extracontractual ex. art. 340 TFUE. De esta forma, se tratará de determinar fundadamente si, en el caso *WS y otros c. Frontex*, el sentido del fallo debería haber sido otro.

1. La atribución de la conducta

Como apunta DE CONINCK, en algunos casos, el TG ha considerado la atribución de la conducta como un requisito adicional (y previo) a los tres requisitos clásicos de la responsabilidad extracontractual de la Unión (la conducta ilícita; el

⁴³ En el informe de la OLAF al que se ha hecho referencia en este trabajo se acreditó que, en el marco de la Operación Poseidón (operación conjunta de vigilancia), Frontex presenció y encubrió devoluciones ilegales de migrantes a Turquía realizadas por las autoridades fronterizas griegas en el Mar Egeo. En este caso, al contrario que en una operación de retorno, las autoridades griegas vulneraron los derechos de los migrantes en presencia y bajo la coordinación de la Agencia.

daño real y efectivo; y el nexo causal entre la conducta ilícita y el daño)⁴⁴. Dada la relevancia que adquiere en este caso la atribución de la conducta causante del daño a un determinado sujeto (a Grecia, a Frontex, o a ambos), consideramos que su análisis es imprescindible.

Según el TG, «si bien es cierto que el art. 6.3 Reglamento GEFC 2016 establece que “la Agencia contribuirá a la aplicación constante y uniforme del Derecho de la Unión, incluido el acervo de la Unión en materia de derechos fundamentales, en todas las fronteras exteriores”, el artículo 34.1 del mismo Reglamento establece, no obstante, que “la Guardia Europea de Fronteras y Costas garantizará la protección de los derechos fundamentales en la realización de las tareas que la asigna el presente Reglamento (...)”» (ap.63). Del “no obstante” utilizado en el apartado de la sentencia reproducido se deduce que el TG quiso, deliberadamente, subrayar que Frontex no era un «guardián universal» de los derechos fundamentales, sino que su rol de garante se limitaba al ámbito de ejercicio de las funciones que le encomendaba el Reglamento GEFC 2016.

De acuerdo con el apartado 57 de la sentencia, «los demandantes (...) sostienen que, si Frontex no hubiera incumplido sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales en el marco de operaciones conjuntas, en particular el principio de no devolución, el derecho de asilo, la prohibición de la expulsión colectiva, los derechos del niño, la prohibición de tratos degradantes (...), no habrían sido devueltos ilegalmente a Turquía y habrían obtenido la protección internacional a la que tenían derecho, dada su nacionalidad siria y la situación en Siria en el momento de los hechos». Del apartado reproducido se desprende que, según los demandantes, las vulneraciones de derechos sufridas se produjeron (o continuaron) en el ámbito de ejercicio de las funciones de Frontex (ejecución de la decisión de retorno). Sin embargo, el TG no compartía esta opinión. En primer lugar, argumentó que «según (...) el art. 28.1 [Reglamento GEFC 2016], en lo que respecta a las operaciones de retorno, la tarea de Frontex es únicamente proporcionar apoyo técnico y operativo a los Estados miembros, sin entrar en el fundamento de las decisiones de retorno» (ap.64). En la misma línea, en el apartado siguiente el TG continuó destacando que «de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión y retirada de protección internacional, en particular, su artículo 2, letra f) (...), los Estados miembros son los únicos competentes para examinar las solicitudes de protección internacional» (ap.65). Dado que Frontex «no tiene competencia ni para apreciar el fondo de las decisiones de retorno ni de las solicitudes de protección internacional, la

⁴⁴ DE CONINCK, J. (2023). Sirva como ejemplo la STG de 18 de septiembre de 2014, *Holcim S.A c. Comisión Europea*, asunto T-317/12, ap. 29.

relación causal directa alegada por los demandantes entre el daño supuestamente sufrido y el comportamiento reprochado a Frontex no puede demostrarse (...)» (ap. 66).

En nuestra opinión, en esta secuencia argumental el TG parece malinterpretar las pretensiones de los demandantes, pues su recurso no iba dirigido a cuestionar la legalidad de las decisiones en materia de retorno y asilo, naturalmente atribuibles a Grecia. Lo que cuestionaban los demandantes era el comportamiento de Frontex durante la ejecución de la decisión de retorno⁴⁵. Al respecto, el propio TG reconocía (1) que la función de la Agencia (aunque sea «únicamente») era proporcionar apoyo técnico y operativo a los Estados miembros y (2) que Frontex debía garantizar el respecto a los derechos fundamentales en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en la sentencia no se desprende ninguna consecuencia de este reconocimiento. Sin analizar qué implican esas funciones de Frontex y si fueron ejercidas correctamente, el TG llegó a la conclusión de que los recurrentes no lograron acreditar el nexo causal entre la conducta de Frontex y los daños alegados. Esta incongruencia argumentativa no se justifica, como parecía pretender el TG, por aplicación de la teoría de la causalidad exclusiva. Es decir, que una de las conductas que causó el daño fuera atribuible a Grecia (en fase de decisión) no significa que no pudiera haber otras conductas atribuibles a Frontex (en fase de ejecución) que contribuyeran también a la producción del mismo daño⁴⁶. Cosa distinta es que, aun existiendo una conducta ilícita atribuible a Frontex, en una fase posterior de análisis del nexo causal se llegue a la conclusión de que tal conducta ilícita no fuera suficientemente directa, determinante o, si se quiere, exclusiva del daño. Sobre esta cuestión volveremos con posterioridad (epígrafe V).

En conclusión, entendemos que la aplicación de la teoría de la causa exclusiva por parte del TG no le eximía de analizar quién hace qué (atribución) y, si lo que se tenía que hacer, se hizo bien (calificación de la conducta) en las operaciones de retorno, que es lo que pretendían los recurrentes y lo que procederemos a hacer a continuación.

2. La ilicitud de la conducta

En línea con lo expuesto en el epígrafe IV de este trabajo, el TG reconoció explícitamente que Frontex realizaba dos funciones en el marco de las operaciones de retorno: (1) asistir técnica y operativamente a los Estados miembros mediante la coordinación de la operación y (2) garantizar los derechos fundamentales de los migrantes afectados por la operación. Acto seguido, lo lógico hubiera sido analizar dichas funciones y comprobar si estas fueron ejercidas correctamente. Es decir, constatar si

⁴⁵ DE CONINCK, J. (2023).

⁴⁶ ZIEBRITZKI, C. (2023).

concurría el primer requisito para determinar la responsabilidad extracontractual de la Unión: la existencia de una conducta ilícita por parte de una Institución de la Unión. En este caso, de Frontex.

Dado que en los epígrafes IV (3.A) y (3.B) se desarrollaron, respectivamente, estas funciones y su alcance, corresponde ahora determinar si en el caso *WS y otros c. Frontex* se ejercieron correctamente o, por el contrario, la conducta de Frontex fue contraria al Derecho de la Unión. Para ello, siguiendo la jurisprudencia del TJUE en *Bergaderm*, es preciso dilucidar si se vulneró una norma destinada a conferir derechos a los particulares y si se produjo una violación suficientemente caracterizada de dicha norma⁴⁷.

A. Vulneración de una norma destinada a conferir derechos a los particulares

El Reglamento GEFC 2016 contenía varios preceptos que hacían referencia a la necesidad de respetar los derechos fundamentales en las operaciones coordinadas por la Agencia (art. 6.3 y art. 36.1 Reglamento GEFC 2016). Más concretamente, en relación con las operaciones de retorno, el art. 28.3 Reglamento GEFC 2016 disponía que «Los Estados miembros participantes y la Agencia garantizarán el respeto de los derechos fundamentales, el principio de no devolución y el empleo proporcionado de los medios de coerción durante toda la operación de retorno». Como sabemos, con la finalidad de dar cumplimiento a esta función de garante de los derechos humanos, el Reglamento GEFC 2016 contemplaba una serie de mecanismos: la figura del Agente de Derechos Fundamentales (art. 71 Reglamento GEFC 2016); el despliegue de personal de Frontex para comprobar que la operación se lleva a cabo de acuerdo con los estándares de la UE⁴⁸; la introducción de canales de comunicación en el seno de la operación para reportar incidencias relacionadas con la vulneración de derechos fundamentales [art. 16.3 h) Reglamento GEFC 2016]; y la posibilidad del director ejecutivo de suspender la operación, o retirar la financiación, en el caso de violaciones persistentes de derechos fundamentales (art. 25.4 Reglamento GEFC 2016). Por lo tanto, como apunta FINK, el respeto a los derechos fundamentales por parte de la Agencia no solo era una obligación negativa (abstenerse de cometer violaciones), sino también positiva (asegurarse de que no se cometían violaciones por otros sujetos bajo su coordinación)⁴⁹.

⁴⁷ STJ de 4 de julio de 200, *Bergaderm y Goupil c Comisión*, as. C-352/98, ap. 42.

⁴⁸ Frontex, «Guide for Joint Operations by Air coordinated by Frontex», cit., p. 17. Al respecto, «en caso de que tenga dudas sobre el respeto de los derechos fundamentales en una operación de retorno, la Agencia comunicará su preocupación a los Estados miembros participantes y a la Comisión» (art. 28.7 Reglamento GEFC 2016).

⁴⁹ FINK, M. (2022). La autora puntualiza que Frontex puede vulnerar derechos humanos por acción (obligaciones negativas) o por omisión (obligaciones positivas). Las omisiones pueden dar lugar a

De las obligaciones positivas impuestas a Frontex se desprende que, en el caso de que tuviera conocimiento de que se estaban produciendo violaciones de derechos fundamentales bajo su coordinación, debía activar los mecanismos que tenía a su disposición para evitar que tales violaciones persistieran. Si no lo hiciera, estaría vulnerando una norma destinada, no directamente a conferir derechos a los particulares, pero sí a protegerlos, lo cual se interpreta en términos equivalentes por la doctrina⁵⁰. Nos referimos, no solo al propio Reglamento GEFC 2016, sino también a la CDFUE o a la Directiva Retorno, a las que se remitía expresamente el estatuto de la Agencia. Dicho esto, es el momento de dar respuesta a determinados interrogantes del caso *WS y otros c. Frontex*: en primer lugar, si se produjeron violaciones de derechos fundamentales en el retorno de los recurrentes; en segundo lugar (si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa), si las funciones de Frontex le permitían tener conocimiento de tales vulneraciones; en tercer lugar (si la respuesta a la segunda pregunta es afirmativa), si el incumplimiento de tales funciones constituyó una violación suficientemente caracterizada del Reglamento GEFC 2016, la Directiva Retorno y/o la CDFUE. No obstante, para contestar adecuadamente a estas preguntas, previamente es necesario realizar una aclaración sustancial.

En el epígrafe IV (3.B) se enumeraron los derechos que se ven especialmente afectados por la actividad de control fronterizo. Entre ellos se destacaron el principio de no devolución (art. 19.2 CDFUE); la prohibición de expulsiones colectivas (art. 19.1 CDFUE); y el derecho de asilo (art. 18 CDFUE). En el caso *WS y otros c. Frontex* se denunció la vulneración de todos ellos, junto con los derechos del menor (art. 24 CDFUE) y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 4 CDFUE). Deliberadamente, se ha hecho alusión a los dos últimos derechos de forma separada porque, aunque pueden resultar afectados por actividades de control fronterizo, su contenido no está indisolublemente unido a dicha actividad o, mejor dicho, a la fase decisoria de dicha actividad. Dicho de otra forma, en el contexto de la actividad de control fronterizo, habría que distinguir entre aquellos derechos susceptibles de ser vulnerados en fase de decisión (aunque dicha vulneración siga latente en la fase de ejecución) y aquellos otros susceptibles de ser vulnerados en fase de ejecución. Por ejemplo, entre los derechos citados con anterioridad, en el principio de no devolución, en la prohibición de expulsiones colectivas y en el derecho de asilo, el origen de la vulneración se encuentra en fase de decisión. Es cuando el Estado miembro reacciona frente al cruce irregular (mediante una resolución escrita o una actividad material) cuando el contenido del derecho puede resultar afectado. Ello con independencia de que, naturalmente, la vulneración siga latente en fase de ejecución. En

responsabilidad extracontractual de la Unión cuando, de conformidad con el Derecho de la Unión, hay un deber legal de actuar (STJ de 15 de septiembre de 1994, *KYDEP*, as. C-146/91).

⁵⁰ *Ibidem*.

cambio, la vulneración de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes o de los derechos del menor puede producirse exclusivamente en fase de ejecución. Por ejemplo, si se utiliza la fuerza de forma desproporcionada contra los migrantes o se separa a los niños de sus padres cuando se les traslada a un tercer Estado (como alegaron los recurrentes). Como se anticipó en su momento, en las operaciones de retorno, fijar el origen de la vulneración (fase de decisión o fase de ejecución) es crucial para dilucidar si la misma se produjo en el ámbito de ejercicio de las funciones de Frontex. Dependiendo de ello, se determinará si la Agencia conoció o debió conocer que dicha vulneración se estaba produciendo.

a) ¿Se produjeron violaciones de derechos fundamentales en el retorno de los recurrentes?

Siguiendo la clasificación esbozada en el epígrafe precedente, entre los derechos cuya vulneración alegaron los demandantes habría que distinguir dos categorías. En primer lugar, aquellos cuya violación tuvo origen en Grecia, pero se mantuvo latente en fase de ejecución durante la operación de retorno: principio de no devolución, prohibición de expulsiones colectivas y derecho de asilo. En segundo lugar, aquellos otros cuya violación tuvo origen en el seno de la operación de retorno: prohibición de tratos inhumanos o degradantes y derechos del menor.

En cuanto a la primera categoría de derechos, según el TG, su vulneración, en su caso, sería atribuible a Grecia, que era la competente para adoptar la decisión de retorno y tramitar las solicitudes de protección internacional. Como el control de la actuación de Grecia escapaba a las competencias jurisdiccionales del TG, no valoró si se habían producido tales vulneraciones. Aunque no incorrecto, tal razonamiento no es del todo adecuado. La responsabilidad de Grecia no excluía la de Frontex, sobre todo teniendo en cuenta que el correcto ejercicio de las funciones de la Agencia evitaba que persistieran vulneraciones de derechos humanos cometidas por los Estados miembros. Por lo tanto, resultaba trascendental determinar si tales vulneraciones se habían producido. Llegados a este punto, es conveniente dejar constancia de un hecho que, aunque no queda reflejado en la STG de 6 de septiembre, *WS y otros c. Frontex*, fue alegado por uno de los recurrentes: Grecia no adoptó ninguna decisión de retorno con respecto a los miembros de la familia siria. Al respecto, el actual director ejecutivo de Frontex reconoció en la televisión alemana que hubo una negligencia en la fase de comprobación de la documentación de los recurrentes antes de embarcarlos en el avión con destino a Turquía⁵¹. La veracidad de este hecho trascendental se ve reforzada si se tiene en cuenta que, tras interponer un recurso ante el TEDH, la

⁵¹ Según Hans Leijtens (actual director ejecutivo de Frontex), la familia siria embarcó en el avión en el último minuto. Ante esta situación, el personal de Frontex siguió las indicaciones de las autoridades griegas en lugar de comprobar que se habían seguido los procedimientos oportunos [Entrevista disponible en: <https://x.com/Nieuwsuur/status/1699520090054795764>].

familia siria llegó a un acuerdo amistoso con Grecia en virtud del cual el gobierno heleno se comprometía a pagar 12.500€ por recurrente en concepto de daños materiales y morales⁵². Como consecuencia, como sostienen GKLIATI y CORNELISSE, todo parece indicar que Grecia no adoptó decisión de retorno alguna respecto a los recurrentes del caso *WS y otros c. Frontex*⁵³. Tal circunstancia era altamente indicativa de que, en efecto, se produjo una vulneración del principio de no devolución, de la prohibición de expulsiones colectivas y del derecho de asilo. Además, si Frontex participó en una operación de retorno de personas respecto a las cuales no se había dictado decisión de retorno, el argumento del TG de que Frontex no puede entrar en el fondo de las decisiones de retorno constituye un error de derecho⁵⁴.

En cuanto a la segunda categoría de derechos, el TG tampoco se pronunció al respecto. Es más, en este caso, la falta de pronunciamiento llama especialmente la atención porque la supuesta vulneración no se produjo en Grecia, sino durante la propia operación de retorno, por lo que la posible implicación de Frontex era aún más evidente. Esta omisión por parte del TG nos impide valorar si, efectivamente, se produjeron tratos inhumanos o degradantes o se vulneraron los derechos del menor en el seno de la operación de retorno. Cosa distinta es que podamos analizar cómo debería haber actuado Frontex si se hubieran producido tales vulneraciones.

b) ¿Frontex conoció o debió haber conocido las vulneraciones de derechos humanos que se estaban produciendo en el retorno de los recurrentes?

La pregunta, no planteada por el TG en su pronunciamiento, es clave para determinar la posible responsabilidad extracontractual de la Agencia en el caso *WS y otros c. Frontex*. Para resolverla, de nuevo, apelamos a nuestra distinción entre los derechos supuestamente vulnerados en fase de decisión (aunque dicha vulneración siga latente en la fase de ejecución) y los derechos presuntamente vulnerados en fase de ejecución (operación de retorno coordinada por Frontex). Por razones metodológicas, comenzaremos por estos últimos.

En cuanto a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes y los derechos del menor, si efectivamente se vulneraron, parece indiscutible que Frontex conoció o debió tener conocimiento de ello. Al fin y al cabo, tales vulneraciones se habrían producido bajo su coordinación y en presencia de su personal. Como consecuencia, la función de garante de los derechos fundamentales de la Agencia implicaría necesariamente un determinado comportamiento: que el personal de la Agencia desplegado en la operación comunicara los hechos al Agente de Derechos Fundamentales, a la Comisión y al director ejecutivo (a través del mecanismo específicamente creado

⁵² Decisión del TEDH, de 19 de enero de 2023, *L.H.M y otros c. Grecia*, recurso n.º 30520/17.

⁵³ GKLIATI, M. (2024:78) y, en la misma línea, CORNELISSE, G. (2023).

⁵⁴ CORNELISSE, G. (2023).

para ello) y, en su caso, que el director ejecutivo suspendiera la operación o retirara la financiación. En cualquier caso, como no tenemos datos suficientes sobre si tal vulneración se produjo o no, no sabemos si la no activación de los citados mecanismos fue una conducta lícita o ilícita por parte de la Agencia.

En lo que respecta a la primera categoría de derechos (principio de no devolución, prohibición de expulsiones colectivas y derecho de asilo), el análisis es sustancialmente más complejo. En principio, en las operaciones de retorno, como apuntamos en su momento, entendemos que el personal de Frontex tenía más dificultades para detectar que se estaban vulnerando estos derechos. En primer lugar, desde un punto de vista fáctico, porque la vulneración no se producía bajo su coordinación, ya que su personal no estaba presente en la fase decisiva. En segundo lugar, desde un punto de vista jurídico, porque Frontex no podía entrar en el fundamento de las decisiones de retorno. Es decir, no era competente para controlar la legalidad de los actos de los Estados miembros. Sin embargo, de lo expuesto en el epígrafe anterior se deduce que, en la operación de retorno del caso *WS y otros c. Frontex*, era fácil detectar que se podía estar produciendo la vulneración de determinados derechos sin necesidad de entrar en el fundamento de la decisión de retorno. Bastaba con que Frontex hubiera cumplido con su labor, como coordinador de la operación, de constatar la existencia de la citada decisión⁵⁵. Dicho de otra forma, si Frontex hubiera comprobado la documentación de los recurrentes, habría detectado que no había decisión de retorno. Esta circunstancia era altamente indicativa de que Grecia había vulnerado los derechos de los recurrentes y motivo suficiente para que la Agencia activara los mecanismos de protección de los derechos humanos que tenía a su disposición.

B) Violación suficientemente caracterizada

La exigencia de que la vulneración de la norma de derecho de la Unión constituya «una violación suficientemente caracterizada» para considerar que una determinada conducta es ilícita es necesario contextualizarla. La jurisprudencia distingue entre actos discrecionales y no discrecionales para aplicar esta condición. Cuando la institución goza de una amplia discrecionalidad, la ilegalidad debe venir cualificada. Es decir, deberá comprobarse que la violación es fruto de una «inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a su facultad de apreciación»⁵⁶. Por el contrario, cuando la institución dispone de un margen de apreciación reducido o inexistente, «la mera infracción del Derecho de la Unión puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada»⁵⁷.

⁵⁵ Entre otros, GKLLATI, M. (2024:79).

⁵⁶ STJ de 4 de julio de 200, *Bergaderm y Goupil c Comisión*, as. C-352/98, ap. 43.

⁵⁷ *Ibidem*, ap. 44.

Las negligencias de Frontex expuestas en el epígrafe anterior se traducen en la vulneración del régimen jurídico aplicable a las operaciones de retorno. En concreto, de los preceptos que regulan las dos funciones identificadas en el epígrafe IV (3) de este trabajo (y en la STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*): (1) la asistencia técnica y operativa a los Estados miembros mediante la coordinación de operaciones de retorno y (2) la garantía de protección de los derechos humanos de las personas implicadas en dichas operaciones. Conviene determinar, por tanto, el grado de discrecionalidad del que disponía Frontex en el ejercicio de sus funciones.

En primer lugar, respecto a la función de coordinador de la operación de retorno en la que se vieron inmersos los recurrentes, al no comprobar la documentación de los miembros de la familia, Frontex no detectó que no se había adoptado decisión de retorno alguna por parte de Grecia. Es decir, no constató que la operación de retorno se estaba llevando a cabo «de conformidad con la Directiva 2008/115/CE [Directiva Retorno]» (art. 28.1 Reglamento GEFC 2016). Como anticipamos en el epígrafe IV (3.B), un migrante objeto de una operación de retorno es un «retornado», es decir, un «nacional de un tercer país en situación irregular que es objeto de una decisión de retorno emitida por un Estado miembro» (art. 2.13 Reglamento GEFC 2016). En este sentido, el apartado 34 del preámbulo del Reglamento GEFC 2016 era bastante clarificador: «La Agencia debe prestar, respetando plenamente los derechos fundamentales, la asistencia necesaria a los Estados miembros en la organización de las operaciones de retorno y las intervenciones en materia de retorno de personas objeto de una decisión de retorno». Por tanto, la decisión de retorno era el presupuesto para el ejercicio de las potestades de coordinación y asistencia de la Agencia en materia de retorno [art. 8.1 l) Reglamento GEFC 2016]. La discrecionalidad de Frontex al respecto era inexistente⁵⁸. Como sostiene CORNELISSE, al ejercer sus funciones de coordinación, la Agencia, «como mínimo, tiene la obligación de comprobar que está asistiendo, organizando o coordinando el retorno de “verdaderos retornados”; es decir, de personas que son objeto de una decisión de retorno»⁵⁹. De lo expuesto se deduce que la coordinación del retorno de la familia siria a Turquía por parte de Frontex fue ilícita.

Además, en el caso *WS y otros c. Frontex*, la ausencia de título habilitante para actuar no constituyó la única ilegalidad. Como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones como coordinadora, Frontex incumplió, también, su función de ga-

⁵⁸ Según DELGADO ECHEVARRÍA, «demostrar que la institución carece de margen de apreciación puede bastar para determinar una vulneración suficientemente caracterizada» [DELGADO ECHEVARRÍA, M. (2012:300)].

⁵⁹ CORNELISSE, G. (2023). De hecho, la autora citada afirma que Frontex, al igual que los Estados miembros, está vinculada al art. 9 Directiva Retorno, conforme al cual, la ejecución de las decisiones de retorno debe aplazarse si existe riesgo de vulnerar el principio de no devolución.

rantizar los derechos fundamentales de los recurrentes. Recordamos que, de conformidad con el art. 28.7 Reglamento GEFC 2016, «en caso de que tenga dudas sobre el respeto de los derechos fundamentales en una operación de retorno, la Agencia comunicará su preocupación a los Estados miembros participantes y a la Comisión» (art. 28.7 Reglamento GEFC 2016). Frontex no tuvo dudas sobre el respeto de los derechos fundamentales de los recurrentes porque previamente había incumplido su obligación de comprobar su documentación. Dicho de otra forma, como no comprobó la existencia de una decisión de retorno, no detectó que Grecia había expulsado a la familia siria, más que probablemente, vulnerando el principio de no devolución, la prohibición de expulsiones colectivas y el derecho de asilo. Por lo tanto, no activó los mecanismos que tenía a su disposición para protegerlos: el personal de Frontex presente en la operación no reportó la incidencia al Agente de Derechos Fundamentales [art. 16.3 h) Reglamento GEFC 2016, en relación con el art. 71 Reglamento GEFC 2016]; como consecuencia, este no informó al director ejecutivo, por lo que no hubo posibilidad de suspender la operación o retirar la financiación (art. 25.4 Reglamento GEFC 2016).

En conclusión, como la vulneración de las obligaciones positivas en materia de derechos fundamentales fue consecuencia de la vulneración previa de las funciones de coordinador de la operación de retorno, y en estas últimas no había margen de discrecionalidad alguno, consideramos que ha quedado acreditado que Frontex actuó de manera ilícita en el caso *WS y otros c. Frontex*. Al menos, en lo que respecta al principio de no devolución, la prohibición de expulsiones colectivas y el derecho de asilo. Respecto a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes y los derechos del menor, al no depender su vulneración de la existencia o no de una decisión de retorno, no disponemos de datos suficientes para determinar si la conducta de Frontex fue ilícita o no. Habría que analizar la ejecución en sí misma (el vuelo con destino a Turquía) y la sentencia no ofrece información al respecto.

3. La existencia de un daño real y efectivo

Con carácter general, para entender satisfecho este requisito de la responsabilidad extracontractual de la Unión, es necesario que el recurrente demuestre haber sufrido un daño real y efectivo como consecuencia de la conducta ilícita de una Institución de la Unión. Daño que, como sintetiza SARMIENTO, «deberá reflejarse necesariamente en una pérdida de activos, en un lucro cesante, en la pérdida de oportunidad o en un daño inmaterial»⁶⁰. Dado que, en el caso *WS y otros c. Frontex*, el TG incluyó ciertos daños materiales y morales alegados en los hechos probados, entendemos que los mismos fueron acreditados debidamente por los recurrentes. En

⁶⁰ SARMIENTO, D. (2022:439).

relación con los daños materiales, cuyo importe ascendía a 96.000€, nos referimos, entre otros, al alquiler y acondicionamiento de la vivienda en Saruj (Turquía) y al viaje, el alquiler, la electricidad, las tasas escolares y los gastos de subsistencia en Irak. Por otra parte, en concepto de daños morales, recordamos que los recurrentes solicitaron una compensación de 40.000€ por el sentimiento de angustia sufrido en el viaje a Turquía (desde Grecia) y por el sentimiento de miedo y sufrimiento por el peligroso viaje a Irak (desde Turquía) ante el temor a ser devueltos a Siria por las autoridades turcas.

Constatada la atribución de una conducta ilegal a una Institución de la Unión Europea y acreditados ciertos daños por los recurrentes, resta analizar el nexo causal entre la conducta ilícita y el daño.

4. Nexo causal entre la conducta ilícita y el daño generado

Con carácter general, para entender cumplido este requisito de la responsabilidad extracontractual de la Unión, el recurrente debe demostrar que el daño sufrido es una consecuencia suficientemente directa del comportamiento reprochado o, lo que es lo mismo, tal comportamiento debe ser la causa determinante del daño⁶¹. Y esta es, *a priori*, la jurisprudencia aplicada en el caso *WS y otros c. Frontex*: como «los demandantes no ha[bían] aportado pruebas de una relación causal suficientemente directa entre el daño invocado y el comportamiento reprochado a Frontex» (ap. 71), el TG desestimó el recurso interpuesto contra la Agencia. Sin embargo, un análisis pormenorizado de la sentencia nos invita a pensar que, en realidad, el TG no aplicó la teoría de la causa suficientemente directa, sino la teoría de la causa exclusiva⁶².

A) Teorías de la causalidad

La diferencia entre la teoría de causa suficientemente directa y la teoría de la causa exclusiva no es baladí. La teoría de la causa suficientemente directa pretende evitar que la Unión tenga la obligación de indemnizar cualquier consecuencia perjudicial, por más remota que sea, de una actuación ilícita. Sin embargo, esta teoría no excluye la concurrencia de varias causas en la producción del daño. Si se da tal circunstancia, la Unión responderá extracontractualmente solo cuando su conducta ilícita, con independencia de que existan otras, sea determinante en la producción del perjuicio. Sirva como ejemplo de esta línea jurisprudencial la STFP de 12 de mayo de 2011, *Lusignano c. Comisión Europea*⁶³. En la misma, el TFP argumentó que «La parte demandante debe demostrar que, de no mediar la falta cometida, el per-

⁶¹ STG de 8 de noviembre de 2017, *De Nicola c. Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, as. T-99/16, ap. 25.

⁶² MARTINS, B., PINTO RIBEIRO, C., BAPTISTA, C. (2024).

⁶³ STFP de 12 de mayo de 2011, *Lusignano c. Comisión Europea*, as. F-50/09.

juicio no se habría producido y que la falta es la causa determinante de su perjuicio. Cuando el daño es una consecuencia ineluctable e inmediata de la falta cometida, queda demostrada la existencia de la relación de causalidad» (ap.180). Acto seguido, el mismo tribunal aclaró que «el juez de la Unión considera que el daño puede no tener su origen directo y cierto en una única causa, sino que puede haber sido provocado por una pluralidad de causas que concurren de modo determinante en su producción» (ap. 181)⁶⁴.

Por el contrario, si se aplica la teoría de la causa exclusiva, la Unión solo responderá cuando su conducta sea la única fuente en la producción del daño. Como consecuencia, su aplicación llevaría a desestimar cualquier recurso en el que concurrieran varios factores (o sujetos) en la producción del perjuicio. Por este motivo, en lo que respecta al requisito del nexo causal, la doctrina califica la teoría de la causa exclusiva como la más restrictiva⁶⁵. En esta línea jurisprudencial se sitúan la STJUE de 18 de marzo de 2010, *Trubowest Handel GmbH c. Consejo y Comisión*⁶⁶ y la más reciente STG de 29 de septiembre de 2021, *Kočner c. Europol*⁶⁷, la cual será analizada con posterioridad.

Como sabemos, pese a que en el caso *WS y otros c. Frontex* el TG reconoció expresamente que Frontex ejercía determinadas funciones en las operaciones de retorno, no analizó tales funciones ni valoró si se ejercieron de forma correcta. Es decir, no constató si concurría el primer requisito para determinar la responsabilidad extracontractual de la Agencia. Tal omisión solo se entiende desde el prisma de la teoría de la causa exclusiva. El TG, en lugar de preguntarse si la conducta de Frontex, propiamente definida, causó el daño, se preguntó si hubo otras conductas causantes del daño como justificación para excluir la responsabilidad de la Agencia. Dado que la decisión de retorno (en el caso de haber existido) y las resoluciones de las solicitudes de protección internacional eran atribuibles a Grecia, en ningún caso los daños producidos hubieran derivado exclusivamente de la conducta de Frontex. Tal razonamiento se deja entrever en el siguiente apartado de la sentencia: «dado que Frontex no tiene competencia para apreciar el fondo de las decisiones de retorno ni de las solicitudes de protección internacional, la relación causal directa alegada por los demandantes entre el daño supuestamente sufrido y el comportamiento reprochado a Frontex no puede demostrarse» (ap. 66). La tesis de que, en realidad, el TG aplicó la teoría de la causa exclusiva se ve reforzada cuando analizamos la argumentación del tribunal respecto a la culpa de los recurrentes en la producción del daño.

⁶⁴ En el mismo sentido, STJ de 12 de junio de 1986, *Sommerlatte c. Comisión*, apartados 24 a 27, y sentencias, *Grifoni c. CEEA*, apartados 17 y 18, y *FreshMarine c. Comisión*, apartados 135 y 136.

⁶⁵ GKLIATI, M. (2024:75)

⁶⁶ STJUE de 18 de marzo de 2010, *Trubowest Handel GmbH c. Consejo y Comisión*, as. C 419/08 P.

⁶⁷ STG de 29 de septiembre de 2021, *Kočner c. Europol*, as. T- 528/20.

En relación con el abandono voluntario del centro de acogida turco, el TG esgrimió que «el daño invocado debe resultar directamente de la supuesta ilegalidad y no de la elección del demandante sobre cómo reaccionar ante el acto supuestamente ilegal», y añadió «que el mero hecho de que la conducta ilícita constituya una condición necesaria (una condición *sine qua non*) para que surja el daño, en el sentido de que el daño no se habría producido en ausencia de tal conducta, no es suficiente para establecer una relación causal» (ap. 67). Si, por el hecho de que concurriera la culpa del recurrente en la producción del daño, el TG sostuvo que no había relación causal (aunque la conducta ilícita de la Unión fuera una condición necesaria para la producción del mismo), en realidad, lo que estaba aplicando era la teoría de la causa exclusiva, no la teoría de la causa suficientemente directa.

Si realmente el TG hubiera aplicado la teoría de la causa suficientemente directa, el fallo debería haber sido otro. En primer lugar, al no excluirse la concurrencia de varias causas en la producción del daño, debería haber analizado la conducta de Frontex y determinar si fue lícita o ilícita. Al respecto, entendemos que en los epígrafes V (1) y (2) ha quedado suficientemente acreditado que Frontex actuó de manera ilícita. En segundo lugar, al abordar la existencia de nexo causal, debería haber llegado a la conclusión de que tal conducta ilícita distaba mucho de ser irrelevante en la producción del daño. Más bien al contrario, el daño no se habría producido si Frontex hubiera cumplido con sus funciones. En efecto, si Frontex hubiera comprobado la documentación de los recurrentes, habría sido consciente de la inexistencia de una decisión de retorno, por lo que no los hubiera podido trasladar a Turquía⁶⁸. Por lo tanto, entendemos que el comportamiento de Frontex fue causa directa y determinante del daño; aunque no fuera la causa exclusiva del mismo. Es cierto que fueron las autoridades griegas las que decidieron, incurriendo en vía de hecho, expulsar ilegalmente a los recurrentes de su territorio. Y también es cierto que los recurrentes decidieron voluntariamente abandonar el centro de acogida turco. Por todo ello, entendemos que en *WS y otros c. Frontex* nos encontramos ante un caso de responsabilidad solidaria entre Frontex y Grecia, con una posible culpa concurrente de los recurrentes. Respecto a estos últimos, entre los daños alegados habría que diferenciar cuáles fueron consecuencia de la actuación de Frontex y Grecia (por ejemplo, el sentimiento de miedo y angustia en el vuelo a Turquía) y cuáles fueron consecuencia de la propia elección de los recurrentes de abandonar el centro de acogida turco (por ejemplo, los gastos en los que incurrieron en Saruj e Irak).

⁶⁸ Como consecuencia, los recurrentes no «partían de la premisa incorrecta de que, de no haber sido por los supuestos incumplimientos por parte de Frontex de sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales en el contexto de la operación de retorno, no habrían sido ilegalmente devueltos a Turquía» (STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*, ap. 62).

B) Responsabilidad solidaria entre la Unión Europea y los Estados miembros

De conformidad con el art. 60.3 Reglamento GEFC 2016, «en caso de responsabilidad extracontractual, la Agencia deberá reparar los daños y perjuicios causados por sus servicios o su personal en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a las legislaciones de los Estados miembros» (art. 60.3 Reglamento GEFC 2016). Sin embargo, cabe preguntarse de qué sirve este precepto (o su homólogo del Reglamento GEFC 2019) si se va a desestimar cualquier recurso de responsabilidad extracontractual cuando la Agencia actúe conjuntamente con un Estado miembro, que es en la mayoría de los casos. Coincidimos con GERBAUDO en que Frontex no puede concebirse como una mera extensión pasiva de las autoridades fronterizas nacionales⁶⁹.

En realidad, con carácter más general, la teoría de la causa exclusiva lleva a la desestimación de cualquier recurso de responsabilidad extracontractual de la Unión cuando sus Instituciones actúen conjuntamente con un Estado miembro. Y, a nuestro entender, este escenario es un problema en un contexto en el que cada vez son más frecuentes los casos de ejecución mixta del Derecho de la Unión. Y es un problema porque, en el fondo, priva a los particulares del derecho a la tutela judicial efectiva y pone en tela de juicio el sometimiento de las Instituciones europeas al Derecho de la Unión. Por eso, desde hace tiempo, gran parte de la doctrina apela a la reconducción de la jurisprudencia del TG hacia la responsabilidad solidaria entre la Unión y los Estados miembros⁷⁰.

La responsabilidad solidaria entre la Unión y los Estados miembros no es ninguna novedad en la jurisprudencia del TJUE. En *Kampffmeyer* quedó acreditado que la Comisión había aprobado ilegalmente una medida proteccionista adoptada por la República Federal de Alemania (RFA), lo que ocasionó daños a la empresa recurrente en relación con sus actividades de importación de maíz⁷¹. Como consecuencia, el TJ declaró la responsabilidad extracontractual de la Unión sin que la actuación, también ilegal, de la RFA constituyera ningún impedimento. Ahora bien, dado que los demandantes habían presentado paralelamente un recurso contra la RFA en relación con el mismo perjuicio, el Tribunal consideró que, para «evitar que los demandantes [fueran] indemnizados de forma insuficiente o excesiva por el mismo daño», era «necesario que el tribunal nacional tuviera la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual responsabilidad de la República Federal de Alemania» antes de que pudiera determinarse el perjuicio del que debía considerarse responsable a la

⁶⁹ GERBAUDO, M. (2023).

⁷⁰ Entre otros, GKLLATI, M. (2024) y DE CONINCK, J. (2023).

⁷¹ STJ de 14 de julio de 1967, *Firma E. Kampffmeyer y otros contra Comisión de la CEE*, asuntos acumulados 5, 7 y 13 a 24-66.

Comunidad⁷². Lo que aparentemente fue una solución para evitar que el recurrente fuera indemnizado dos veces por el mismo daño, en realidad, fue una respuesta a un problema de competencia. Ni el TJUE es competente para declarar la responsabilidad extracontractual de un Estado miembro, ni los tribunales nacionales son competentes para declarar la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión. Por eso, desde *Kampffmeyer*, los casos de responsabilidad solidaria entre la UE y los Estados miembros se han convertido en casos de responsabilidad subsidiaria, de forma que el TJ ha inadmitido reiteradamente los recursos interpuestos contra la Unión si previamente los recurrentes no habían agotado la vía nacional⁷³. Sin embargo, la responsabilidad subsidiaria de la Unión con respecto a la del Estado miembro, al igual que la teoría de la causa exclusiva, no parece que sea la solución más adecuada en estos casos. Si se consolidan estas vías, las Instituciones de la Unión se convertirían en «sujetos impunes» que no responden por el ejercicio ilícito de sus funciones mientras haya un Estado miembro que, en relación con el mismo daño, también haya actuado de manera ilícita⁷⁴.

Ante este escenario tan poco esperanzador, creemos conveniente destacar el halo de luz que representa el Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (en adelante, Reglamento Europol)⁷⁵ y la STJUE de 5 de marzo de 2024, *Kočner c. Europol*⁷⁶. De conformidad con el considerando 57 Reglamento Europol, «Puede darse el caso de que para la persona física afectada no esté claro si los daños sufridos como resultado de un tratamiento ilegal [de datos] son consecuencia de la acción de Europol o de un Estado miembro. Por consiguiente, Europol y el Estado miembro en que se haya producido el hecho generador de los daños deben ser responsables solidarios». Por su parte, el art. 50.1 Reglamento Europol dispone que «Cualquier persona física que haya sufrido un daño como consecuencia de una operación de tratamiento ilícita tendrá derecho a recibir una indemnización por el daño sufrido, bien de Europol de conformidad con el artículo 340 del TFUE, bien del Estado miembro en que se haya producido el hecho que originó el daño de conformidad con su Derecho nacional. El interesado deberá interponer una acción contra Europol ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o contra el Estado

⁷² *Ibidem*, p. 90.

⁷³ Entre otras, vid., STJ de 26 de noviembre de 1975, *Grands Moulins c. Comisión*, as. 99/74, apartados 22-24 y STJ de 12 de abril de 1984, *Unifrex c. Comisión*, as. 281/82.

⁷⁴ PAREJA SÁNCHEZ, T. (2023).

⁷⁵ De conformidad con el art. 1 Reglamento Europol, «Europol apoyará y reforzará la actuación de las autoridades competentes de los Estados miembros y su cooperación mutua en la prevención y la lucha contra la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros, el terrorismo y las formas de delincuencia que afecten a un interés común protegido por una política de la Unión (...)».

⁷⁶ STJUE de 5 de marzo de 2024, *Kočner c. Europol*, as. C-755/21.

miembro ante un tribunal nacional competente de ese Estado miembro». Por último, el art. 50.2 Reglamento Europol establece que «Cualquier litigio entre Europol y los Estados miembros en relación con la responsabilidad última por la indemnización concedida a una persona de conformidad con el apartado 1 deberá someterse al Consejo de Administración, que se pronunciará por mayoría de dos tercios de sus miembros, sin perjuicio del derecho a impugnar dicha decisión de conformidad con el artículo 263 del TFUE». La STJUE de 5 de marzo de 2024, *Kočner c. Europol* (fruto del recurso de casación interpuesto contra la STG de 29 de septiembre de 2021, *Kočner c. Europol*⁷⁷) esclarece cómo debe ser interpretado el régimen de responsabilidad extracontractual reproducido.

Marian Kočner interpuso un recurso contra Europol dirigido a obtener una indemnización por el perjuicio moral sufrido como consecuencia de la vulneración de su derecho al respeto de su vida privada y familiar causada, en esencia, por operaciones de tratamiento de datos efectuadas por Europol y las autoridades eslovacas. En su pronunciamiento, el TG argumentó que el régimen de responsabilidad solidaria contemplado en el considerando 57 del Reglamento Europol no encontraba «ni expresión ni fundamento en las disposiciones del Reglamento» (STG de 29 de septiembre de 2021, *Kočner c. Europol*, ap. 94). En este sentido, interpretó que, de conformidad con el art. 50.1 Reglamento Europol, a la Agencia le resultaba aplicable el régimen general de responsabilidad extracontractual (art. 340 TFUE). Dado que el recurrente no había probado el nexo causal (exclusivo) entre la conducta reprochada a Europol y el daño alegado, el TG desestimó el recurso. Sin embargo, en la sentencia que resuelve el recurso de casación interpuesto contra el pronunciamiento del TG, el TJUE aclaró que «el objetivo perseguido por el artículo 50, apartado 1, del Reglamento 2016/794 consiste, a tenor del considerando 57 de dicho Reglamento, en responder a las dificultades a las que puede verse expuesta la persona física afectada para determinar si los daños sufridos como resultado de un tratamiento ilícito de datos acaecido en el contexto de tal cooperación es consecuencia de una actuación de Europol o del Estado miembro de que se trate» (STJUE de 5 de marzo de 2024, *Kočner c. Europol*, ap. 56). Precisamente, «para tener en cuenta esas dificultades probatorias», es por lo que el legislador de la Unión estableció, en el art. 50.2 Reglamento Europol, un mecanismo de responsabilidad en dos fases (STJUE de 5 de marzo de 2024, *Kočner c. Europol*, ap. 79). En la primera fase, se dispensa a la persona física afectada de la carga de determinar la identidad de la entidad cuyo comportamiento causó el daño alegado, pudiéndose dirigir tanto contra Europol (mediante un recurso ante el TG), como contra el Estado miembro (mediante un recurso ante la jurisdicción nacional). En una segunda fase, tras indemnizar al particular, la «responsabilidad última» de ese daño debe, en su caso, resolverse definitivamente en el

⁷⁷ STG de 29 de septiembre de 2021, *Kočner c. Europol*, as. T- 528/20.

marco de un procedimiento en el que solo intervienen Europol y el Estado miembro de que se trate ante el Consejo de Administración de Europol. Por tanto, «Para que se genere la responsabilidad solidaria de Europol o del Estado miembro de que se trate y para que la persona física afectada pueda obtener la reparación íntegra del daño sufrido, bien ante el juez de la Unión, bien ante el juez nacional (...), basta con que esa persona demuestre que, con motivo de la cooperación entre Europol y el Estado miembro de que se trate en virtud de dicho Reglamento, se ha efectuado un tratamiento ilícito de datos que le ha causado un perjuicio, sin que sea necesario que demuestre, además, a cuál de esas dos entidades es imputable ese tratamiento ilícito» (STJUE de 5 de marzo de 2024, *Kočner c. Europol*, ap. 81). Por todo ello, el TJUE casó el pronunciamiento del TG en el caso *Kočner* y constató la existencia de responsabilidad solidaria entre Europol y Eslovaquia. De hecho, el TJUE condenó a Europol a pagar 2.000€ a la recurrente en concepto de indemnización.

Teniendo en cuenta la tendencia al desarrollo de una Administración Europea integrada en la que las Instituciones de la Unión y los Estados miembros actúan de forma conjunta e interaccionan directamente con los particulares, la STJUE *Kočner c. Europol* es, cuanto menos, esperanzadora. En primer lugar, porque destierra la teoría de la causa exclusiva empleada en la STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex* y, en segundo lugar, porque soluciona los obstáculos de competencia jurisdiccional que se venían poniendo de manifiesto desde *Kampffmeyer*. El problema es que, al contrario que el Reglamento GEFC 2016 (y el Reglamento GEFC 2019), el Reglamento Europol contempla expresamente un régimen de responsabilidad solidaria que ha permitido al TJUE emitir este pronunciamiento. Cabe preguntarse si, ante el recurso de casación interpuesto contra el pronunciamiento del TG en *WS c. Frontex*, el TJUE se atreverá a aceptar una responsabilidad solidaria entre Grecia y Frontex sobre la única base del régimen general del art. 340 TFUE. Si no lo hace, parece imprescindible que el legislador de la Unión modifique el estatuto de la Agencia para establecer un régimen de responsabilidad extracontractual equiparable al del Reglamento Europol. Al fin y al cabo, «La Guardia Europea de Fronteras y Costas realizará la gestión europea integrada de las fronteras como responsabilidad compartida de la Agencia y de las autoridades nacionales responsables de la gestión de las fronteras (...)» (art. 5.1 Reglamento GEFC 2016 y art. 7.1 Reglamento GEFC 2019).

VI. CONCLUSIONES

El caso *WS y otros c. Frontex* no solo representaba la primera oportunidad para el TG de aclarar el régimen de responsabilidad de la Agencia Frontex respecto a las vulneraciones de derechos humanos producidas en las operaciones que coordina. La sentencia ofrecía la coyuntura idónea para abordar los problemas que plantea la

cada vez más frecuente ejecución mixta del Derecho de la Unión. Es decir, aquellas situaciones en las que las Instituciones de la Unión y los Estados miembros actúan de forma conjunta e interaccionan directamente con los particulares en aplicación del Derecho de la Unión. Sin embargo, el pronunciamiento del TG ha defraudado considerablemente las expectativas. No tanto por el sentido del fallo, desestimatorio, como por el cauce argumentativo empleado. A juicio del TG, la intervención de Grecia en la operación impedía que los recurrentes pudieran acreditar la concurrencia del nexo causal entre la conducta atribuida a la Agencia Frontex y el daño producido.

Si se analiza el régimen jurídico de las operaciones conjuntas, resulta evidente que Frontex ejerce funciones que llevan aparejadas obligaciones positivas en relación con la protección de los derechos humanos de los migrantes. Como consecuencia, si incumple sus obligaciones, debe responder patrimonialmente por los daños producidos. Y ello con independencia de que un Estado miembro actúe, también, de forma ilícita en relación con el mismo daño. Por lo tanto, entendemos que la teoría de la causa exclusiva en las acciones de responsabilidad extracontractual contra la UE no tiene cabida en el contexto de la ejecución mixta del Derecho de la Unión. Y no tiene cabida porque priva a los particulares del derecho a la tutela judicial efectiva y pone en tela de juicio el sometimiento de las Instituciones europeas al Derecho de la Unión, convirtiéndolos en sujetos impunes.

Dado que, aplicando el régimen general del art. 340 TFUE, el TG ha decidido emplear la teoría más restrictiva para analizar la concurrencia del nexo causal, urge modificar el Reglamento de la Agencia Frontex para contemplar expresamente un régimen de responsabilidad solidaria entre esta y los Estados miembros. Si se opta por esta vía, como se ha hecho en el Reglamento Europol, el TJUE ha demostrado en el caso *Kočner* que es capaz de reconducir su jurisprudencia para responder adecuadamente a los daños derivados de actuaciones conjuntas entre las Instituciones de la UE y los Estados miembros.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA PENCO, T., *La intervención directa de la Guardia de Fronteras y Costas: de la mera coordinación a la actuación subsidiaria en las fronteras exteriores de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2023.

CORNELISSE, G., «On the Need to Align the EU Judicial System with the Supranational Use of Violence: *WS v European Border and Coast Guard Agency*», 16 October 2023, EU Immigration and Asylum Law and Policy. Droit et Politique de l'immigration et de l'asile dell' UE, [Disponible en: <https://eumigrationlawblog.eu/on-the-need-to-align-the-eu-judicial-system-with-the-supranational-use-of-violence-ws-v-european-border-and-coast-guard-agency/> (Consultado por última vez: 03/07/2024)].

DE CONINCK, J., «Shielding Frontex. On the EU General Court's “WS and others v Frontex”», 9 September 2023, Verfassungsblog on Matters Constitutional [Disponible en: <https://verfassungsblog.de/shielding-frontex/> (Consultado por última vez: 04/07/2024)].

DELGADO ECHEVERRÍA, M., «Capítulo VI: Culpa extracontractual de la Unión Europea por daños ocasionados por infracción del Derecho de la Unión», en Carlos J. Moreiro González, *Procedimientos administrativos y judiciales de la Unión Europea*, Economist & Jurist, Difusión Jurídica, Madrid, 2012, pp. 249-324.

DEN HEIJER, M., «Europe beyond its borders: refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», en Bernard Ryan, Valsamis Mitsilegas (Eds.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2010, pp. 163-194.

FINK, M.:

- *Frontex and human rights: responsibility in “multi-actor situations” under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford Studies in European Law, Oxford, 2018.

- «Why it is so Hard to Hold Frontex Accountable: On Blame-Shifting and an Outdated Remedies System», 26 November 2020, *Blog of the European Journal of International Law* [Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/why-it-is-so-hard-to-hold-frontex-accountable-on-blame-shifting-and-an-outdated-remedies-system/> (Consultado por última vez el 03/07/2024)].

- «Expert Opinion: Case T-600/21, *WS and Others v Frontex*», 3 February 2022 [Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4553835> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4553835> (Consultado por última vez el 22/07/2024)].

FUENTETAJA PASTOR, J.A., *Derecho Administrativo Europeo*, Thomson Reuters- Civitas, Navarra, 2016.

GERBAUDO, M., «Come (non) rendere Frontex responsabile: il caso WS e altri c. Frontex (T-600/21)», 12 ottobre 2023, *Diritti Comparati*, [Disponibile en: <https://www.diritticomparati.it/come-non-rendere-frontex-responsabile-il-caso-ws-e-altri-v-frontex-t-600-21/>] (Consultado por última vez el 02/07/2024).

GKLIATI, M., «Shaping the joint liability landscape? The broader consequences of WS c. Frontex for EU Law», *European Papers*, Vol. 9, 2024, n. ° 1, pp. 69-86.

MANGAS MARTÍN, A., «Territorio, integridad territorial y fronteras del Estado de la Unión Europea», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.° 2, 2015, pp. 221-236.

MARTINS, B., PINTO RIBEIRO, C., and BAPTISTA, C., «Fundamental Rights Challenges and the Role of Frontex in Joint Operations: Insights Based on the WS v Frontex Case», 9 abril 2024, *Refugee and migration clinic*, [Disponibile en: https://novarefugeelawclinic.novalaw.unl.pt/?blog_post=fundamental-rights-challenges-and-the-role-of-frontex-in-joint-operations-insights-based-on-the-ws-v-frontex-case] (Consultado por última vez el 25/07/2024).

NICOLOSI, S., «Frontex and Migrant's Access to justice. Drifting effective judicial protection?», 7 September 2022, *Verfassungsblog on Matters Constitutional* [Disponibile en: <https://verfassungsblog.de/frontex-and-migrants-access-to-justice/>] (Consultado por última vez el 30/07/2024).

PAREJA SÁNCHEZ, T., «Frontex: ¿La agencia impune?», de 25 de septiembre de 2023, IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en español, [Disponibile en: <https://www.ibericonnect.blog/2023/09/frontex-la-agencia-impune/>] (Consultado por última vez: 19/07/2024).

REBOLLO PUIG, M.:

- «Lección 2: La actividad administrativa», en Manuel Rebollo Puig (Coord.), *Derecho Administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 57-79.

- «Lección 1: La actividad administrativa de limitación», en M. López Benítez y M. Izquierdo Carrasco (Coords.), *Derecho Administrativo. Tomo III Modos y medios de la actividad administrativa*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 19-45.

SARMIENTO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

WARD, A., «Damages under the EU Charter of Fundamental Rights», *ERA Forum. Journal of the Academy of European Law*, Vol. 12, 2012, pp. 589-611.

ZIEBRITZKI, C., «A hidden success. Why the EU General Court’s Frontex Judgment is better than it seems?», 13 October 2023, *Verfassungsblog on Matters Constitutional* [Disponible en: <https://verfassungsblog.de/a-hidden-success/>] (Consultado por última vez el 03/07/2024)].