

Revista Crítica Penal y Poder

2019, nº 18

Diciembre (pp. 241-250)

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona



LA GUARDIA DE FRONTERAS Y COSTAS (FRONTEX): ¿HACIA UNA POLICÍA DE FRONTERAS EUROPEA?

THE EUROPEAN BORDER AND COAST GUARD (FRONTEX): TOWARDS A EUROPEAN BORDER POLICE FORCE?

Pablo González Saquero

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

En este breve trabajo nos proponemos analizar las funciones operativas atribuidas a la Guardia Europea de Fronteras y Costas por el Reglamento 2019/1896, a la luz del modelo de federalismo de ejecución de la Unión Europea y del creciente papel que en él están asumiendo organismos descentralizados, y en ocasiones independientes (agencias). El objetivo es hacer una evaluación preliminar de la posibilidad de que Frontex evolucione hacia una auténtica administración federal para el control de fronteras.

Palabras clave: competencias de ejecución, federalismo, control de fronteras, frontex, Estados miembros.

ABSTRACT

In this brief piece of work we analyze the operative responsibilities attributed to the European Border and Coast Guard (so-called Frontex) by Regulation 2019/1896, in light of the executive federalism model of the European Union and the ever growing role of decentralized and, sometimes, independent bodies (agencies). We do so with the aim to evaluate, in a preliminary way, the prospective evolution of Frontex into a truly federalized border enforcement and control administration.

Keywords: executive powers, federalism, borders control, frontex, member states.

1. Introducción

En las páginas que siguen nos proponemos analizar las capacidades operativas de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex)¹ que, establecida en 2004², está encargada de complementar y auxiliar a los Estados miembros de la Unión Europea en el control de las fronteras exteriores de la Unión y en la aplicación del llamado Código de Fronteras Schengen³. Intentaremos explicar la distribución constitucional de competencias de reglamentación y aplicación (de ejecución) en el sistema de la Unión Europea, haciendo referencia a las particularidades de ese reparto en el llamado Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, ámbito competencial donde se enmarcan las políticas de la Unión en materia de control de fronteras. A continuación, sistematizaremos la distribución de esos poderes de ejecución entre Frontex y las administraciones nacionales y, para terminar, evaluaremos el estado actual del desarrollo de Frontex en el marco constitucional de la Unión, lo que nos ayudará a entender por qué no tenemos, ni posiblemente tengamos nunca, una verdadera policía federal de control de fronteras.

2. Las competencias de ejecución de la Unión Europea

En el modelo de reparto competencial de la Unión Europea, son los Estados miembros los que tienen atribuida expresamente, *ex constitutione*, la competencia primaria para ejecutar el Derecho de la Unión. El Tratado de Lisboa ha confirmado, en efecto, la constitucionalización de una estructura descentralizada en la aplicación del Derecho de la Unión al introducir un nuevo artículo 291, en cuyo apartado 1 puede leerse: “los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión” (también, en este sentido, el art. 4.3 TUE, que hoy consagra el principio de cooperación leal)⁴. Ello, incluso, aunque se trate de ámbitos de competencia legislativa exclusiva de la Unión. La titularidad del poder normativo puede residir exclusivamente en la Unión, y así ocurre con las competencias previstas en

¹ Quedan al margen de nuestro análisis, que se centra en aspectos competenciales, cuestiones de vital importancia relacionadas con la protección de los derechos fundamentales en la gestión de las fronteras exteriores por parte de Frontex así como la responsabilidad por las actuaciones llevadas a cabo por los agentes del organismo (Fink, 2018; Mungianu, 2018).

² Reglamento 2007/2004 del Consejo por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores, objeto de profundas modificaciones en 2016, momento en el que se adoptó la denominación de ‘Guardia Europea de Fronteras y Costas’ y en 2019, año en el que se aprueba la versión actualmente vigente del estatuto de la agencia: el Reglamento 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas.

³ Reglamento 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras.

⁴ La falta de una previsión en los Tratados constitutivos, hasta el Tratado de Lisboa, no impidió al Tribunal de Justicia de la Unión insistir en la obligación de aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión que alcanza “a todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un Municipio.” (asunto 103/88, *Costanzo SpA v. Comune di Milano* EU:C:1989:256, ap. 31). Ello se justificó por el Tribunal en *Costanzo* como una consecuencia necesaria de los principios de primacía y eficacia directa, y del principio de cooperación leal (entre otros, asuntos acumulados 205/82 a 215/82, *Deutsche Milchkontor* EU:C:1983:233, ap. 17).

el artículo 3 TFUE, pero el poder de ejecución corresponderá, *prima facie*, a los Estados⁵. Más allá de este deber genérico, el legislador europeo puede imponer obligaciones concretas de ejecución a los Estados miembros, bien en forma de un marco legislativo que permita un mayor margen de discrecionalidad en su implementación o, por el contrario, en forma de una obligación precisa que requiera de las autoridades nacionales únicamente medidas de mera gestión, estrictamente regladas.

En este sentido, si bien es una norma europea, el Código de Fronteras Schengen, la que establece las normas que deben regir el cruce de las fronteras exteriores y las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países, así como el régimen jurídico del control y vigilancia fronterizos, el Reglamento señala claramente que la responsabilidad corresponde a los Estados miembros: “Los Estados miembros dispondrán de personal y medios adecuados y en número suficiente para ejercer el control de las fronteras exteriores”⁶ y fijarán sanciones, efectivas, proporcionadas y disuasorias, de conformidad con su Derecho interno, en el caso de cruce no autorizado de las fronteras exteriores.⁷ Es decir, es la guardia de fronteras de cada Estado miembro la que aplica el Derecho de la Unión en la materia. Al igual que son las autoridades administrativas y judiciales de cada Estado miembro las que aplican los procedimientos armonizados de expulsión de extranjeros contemplados en la llamada Directiva retorno⁸.

Una vez ha quedado establecido que los Estados miembros cuentan con un verdadero poder inherente para ejecutar el Derecho de la Unión, cuyo fundamento se encuentra en los propios Tratados constitutivos, la cuestión que se plantea en el sistema jurídico de la Unión es si puede la propia Unión Europea ejecutar y aplicar su propio derecho o son los Estados los únicos con competencia para ello. Si la segunda opción fuera cierta, el diseño constitucional (que reconoce el poder de ejecución de los Estados miembros) agotaría toda la explicación del modelo de federalismo de ejecución europeo. Si, por el contrario, la primera opción fuera cierta, se abriría la puerta a realidades más complejas de ejecución dual, ejecución cooperativa o administración mixta, e incluso a la posibilidad de una ejecución centralizada del Derecho de la Unión, con excusión de los Estados, opciones todas ellas diseñadas *ad hoc* por el legislador y no resultantes de una estructura apriorística. Pues bien, hasta la aprobación del Tratado de Lisboa, la existencia de una competencia *general* de la Unión para la implementación de su propio derecho no ha estado clara.

En efecto, en la versión originaria de los Tratados constitutivos podía vislumbrarse una limitación de las competencias de ejecución de la entonces Comunidad Europea, únicamente a aquellos supuestos en que la base jurídica permitía expresamente a las instituciones la adopción de decisiones - es decir, actos de alcance individual, o lo que es lo mismo,

⁵ Piénsese, por ejemplo, en la aplicación por las autoridades nacionales del Código Aduanero de la Unión Europea (Reglamento nº 952/2013), adoptado en virtud de un título competencial que los propios tratados constitutivos califican de exclusivo de la Unión (art. 3.1 “La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes: a) la unión aduanera...”).

⁶ Art. 15 del Reglamento 2016/339.

⁷ Art. 5, ap. 3 del Reglamento 2016/339.

⁸ 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.

actos de aplicación, actos administrativos -. En todos los demás ámbitos previstos en los Tratados, podía defenderse que la Unión sólo contaba con competencias normativas, y que debía confiar en las administraciones nacionales para la ejecución de su propio Derecho. Sin embargo, el Tribunal de Justicia fue abriendo camino a una competencia general de ejecución de la Unión que habilitaría a ésta para adoptar decisiones dirigidas a los particulares en cualquier ámbito y para crear sus propias estructuras administrativas. Y lo hizo realizando una interpretación amplia del alcance de la competencia de la Unión en materia de mercado interior (hoy artículo 114 TFUE) y de la cláusula de los poderes implícitos (hoy artículo 352 TFUE)⁹. Esta línea jurisprudencial se ha fortalecido decisivamente tras el tratado de Lisboa, pues el nuevo artículo 291 TFUE, inmediatamente después de cargar a los Estados miembros con la responsabilidad de ejecutar el derecho de la Unión, reconoce a esta, en su apartado 2, el poder para implementar - en el sentido de ejecutar normativamente y aplicar materialmente - su propio Derecho “cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución”. Con ello se introduce la base jurídica de una competencia general para adoptar cualquier acto de implementación - y, por tanto, de aplicación - sin necesidad de recurrir a la cláusula de los poderes implícitos y, adicionalmente, la facultad del legislador de la Unión para configurar una estructura administrativa propia, que puede estructurarse en torno a la Comisión¹⁰, pero para la que también pueden emplearse otros órganos, como las agencias.

Con relación a las agencias europeas, y siendo una de ellas la Guardia de Fronteras y Costas, debemos apuntar qué papel les puede corresponder en la administración o ejecución del Derecho de la Unión. Pues bien, a pesar de que el sistema europeo de integración ha recurrido frecuentemente a las agencias para implementar sus políticas - también en materia de inmigración, asilo y control de fronteras: Frontex, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, eu-LISA, o la creación de una unidad especializada en el tráfico de seres humanos en el seno de EUROPOL -, los poderes que pueden asumir las agencias europeas

⁹ En el asunto C-62/04, *Reino Unido c. Parlamento y Consejo* EU:C:2005:743, el TJ confirmó la validez de un Reglamento, aprobado en el marco de la base jurídica del art. 95 TCE (hoy 114 TFUE), por el que se autorizaba a la Comisión a adoptar decisiones que tuvieran como destinatarios personas físicas o jurídicas. Aunque ya lo había confirmado implícitamente en el asunto que acabamos de referir, la competencia de las instituciones de la Unión para crear estructuras administrativas propias encargadas de la ejecución del derecho europeo, se confirmó expresamente por el Tribunal, también sobre la base del art. 114 TFUE, en el asunto C-217/04, *Reino Unido c. Parlamento y Consejo* EU:C:2006:279, en el que, impugnado un Reglamento por el que se creaba la Agencia Europea de Seguridad de las Redes, argumentando una falta de base jurídica en el art. 95 para ello, el Tribunal concluyó: “nada en la redacción del artículo 95 CE permite concluir que las medidas adoptadas por el legislador comunitario sobre la base de esta disposición deban limitarse, en lo que se refiere a sus destinatarios, exclusivamente a los Estados miembros. En efecto, puede resultar necesario, de acuerdo con una valoración efectuada por dicho legislador, instituir un organismo comunitario encargado de contribuir a alcanzar una armonización [...] para facilitar la ejecución y aplicación uniformes de actos basados en dicha disposición” (ap. 44). De igual manera, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los poderes implícitos del Art. 352 TFUE pueden utilizarse para complementar una competencia específicamente prevista en los Tratados en cuya base jurídica no se contempla expresamente la posibilidad de adoptar un determinado instrumento normativo o, para el caso que nos ocupa, medidas de ejecución (es decir, decisiones). En este sentido, asunto 8/73, *Hauptzollamt Bremerhaven v. Massey-Ferguson*, EU:C:1973:90, ap. 3.

¹⁰ De hecho, el art. 291, ap. 2 se refiere a que se “conferirán competencias de ejecución a la Comisión” o, en casos específicos debidamente justificados, al Consejo.

se han visto tradicionalmente limitados por el Tribunal de Justicia de la Unión¹¹. De acuerdo con su doctrina, si bien es posible, desde un punto de vista constitucional, la delegación de poderes de ejecución en órganos u organismos no mencionados en los Tratados - como es el caso de las agencias -, nunca se podría delegar en ellos el ejercicio de potestades discrecionales ni de poderes normativos de reglamentación. Las facultades de estas agencias, por ello, han quedado confinadas habitualmente a apoyar o auxiliar a la Comisión o a las autoridades nacionales competentes en el ejercicio de sus funciones administrativas. Veremos más adelante si los poderes que se atribuyen a la nueva Guardia de Fronteras y Costas exceden o no del papel tradicional que se ha reservado a las agencias en la administración europea o si, por el contrario, supone un fenómeno nuevo.

Una vez sentado que la Unión Europea puede ejecutar y aplicar su propio Derecho, debe advertirse que, a la luz de la propia estructura del reparto de competencias, la ejecución por la Unión es vicaria de la de los Estados miembros. Es decir, son los Estados los depositarios primarios de la competencia y de la obligación constitucional de ejecutar el Derecho de la Unión, y solo mediando un juicio de necesidad (“cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución” dice el Art. 291.2 TFUE) puede tener lugar la atribución y el ejercicio de poderes de ejecución en favor de la Comisión (o de una agencia), pues la ejecución descentralizada por los Estados miembros se demuestra ineficaz o insuficiente. Se trata de una manifestación del principio general de subsidiariedad recogido en el artículo 5.3 TUE¹².

Todo ello implica que, para entender la articulación de las competencias de ejecución no basta con atender a la estructura constitucional derivada de los Tratados. Por el contrario, es necesario tener en cuenta el diseño del legislador, cambiante de un sector a otro y cambiante en el tiempo. En efecto, la Unión podría, en principio, en cualquier ámbito de su competencia, asumir en *exclusiva* la ejecución de su propio Derecho, excluyendo toda participación de las administraciones nacionales. Pero puede también la Unión articular una ejecución *compartida* con los Estados, y puede hacerlo empleando diferentes fórmulas, de administración *dual* y separada, permitiendo que las burocracias estatales y europea puedan ejecutar, alternativamente, de manera completa y autónoma el Derecho de la Unión (p. ej. en materia de defensa de la competencia) o de administración *mixta*, regulando un procedimiento compuesto de sucesivas actuaciones nacionales y europeas que desembocan en un único acto cuyo contenido se ha definido, por tanto, por ambos niveles (p. ej. en materia de autorización de medicamentos). Ahora bien, precisamente en las materias que hoy componen el llamado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (entre las que se encuentran inmigración, asilo, visados y control de fronteras) hay que tener en cuenta que los Tratados constitutivos prevén un límite a la facultad del legislador europeo de ordenar las competencias de ejecución y administración. En efecto, el art. 72 TFUE declara que la competencia de la Unión en las materias antes mencionadas “se entenderá

¹¹ En este sentido, la sentencia clave, que aun establece la doctrina vigente, es la dictada en el asunto 9/56, *Meroni c. Alta Autoridad de la CECA* EU:C:1958:7, de 13 de junio de 1958.

¹² Según el cual: “En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”.

sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”. En el mismo sentido, vinculándolo al límite último de la integración que es la “identidad nacional”, el art. 4.2 del TUE impone a la Unión respetar “las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”. Puede fácilmente colegirse el potencial de estos preceptos para obstaculizar el proceso de centralización de las facultades de ejecución en materia de control de fronteras y el impedimento que pueden suponer a la hora de que FRONTEX asuma las funciones administrativas de policía que hoy corresponden a las fuerzas y cuerpos de seguridad de los Estados miembros.

3. Las capacidades operativas de la nueva Guardia de Fronteras y Costas (tras las reformas de 2016 y 2019)

La legislación por la que se establece la FRONTEX y que delega en ella los poderes de que es titular, de 2004, ha sufrido dos importantes modificaciones, en 2016¹³ y en 2019¹⁴. Reformas ambas que, además de dar nuevo nombre a la Agencia, han ampliado sucesivamente su capacidad para tomar parte en la ejecución de las normas de la Unión relativas al control de las fronteras exteriores¹⁵. El papel de FRONTEX es, en principio, meramente auxiliar. Los Estados miembros son “los principales responsables de la gestión de sus zonas de frontera exterior” (art. 7.1) en aplicación del Código de fronteras Schengen y “seguirán siendo responsables de la expedición de las decisiones de retorno y de la adopción de las medidas relativas a la retención de los retornados” (art. 7.2) respetando las exigencias de la Directiva de retorno. La agencia asume una responsabilidad compartida con las autoridades nacionales a cargo de la gestión de las fronteras (art. 7.1), con la finalidad de facilitar y hacer más eficaz “la aplicación de las medidas de la Unión relacionadas con la gestión de los de las fronteras exteriores” (art. 5.3), incluidas medidas para facilitar el cruce legítimo de fronteras y, cuando proceda, para la prevención y la detección del tráfico ilícito de personas, la trata de seres humanos, así como la identificación de las personas vulnerables o que necesitan o desean solicitar protección internacional (art. 3, a). La Agencia:

apoyará la aplicación de las medidas de la Unión relacionadas con la gestión de las fronteras exteriores y la ejecución de las decisiones de retorno mediante el refuerzo, la evaluación y la coordinación de las acciones de los Estados miembros y mediante la prestación de asistencia técnica y operativa, para la ejecución de dichas medidas, así como en materia de retorno (art. 7.4).

¹³ Reglamento 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016.

¹⁴ La numeración y el contenido que se citan son los de la versión correspondiente al texto, acordado entre el Parlamento Europeo y el Consejo a comienzos de abril de 2019, y finalmente publicado el 14 de noviembre de 2019, del Reglamento 2019/1896, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n.º 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹⁵ Sobre las funciones operativas de Frontex antes de la reforma de 2019 (Fernández Rojo, 2018, 2016; Santos Vara, 2018).

Las actividades de la Agencia deben ser, por tanto, *complementarias* de los esfuerzos de los Estados miembros, quienes son, primeramente, los responsables de garantizar la gestión de las fronteras exteriores. Sin embargo, descendiendo al análisis de las capacidades de intervención operativa de la Agencia (es decir, el despliegue de efectivos en los Estados miembros), la idea de ese papel genérico meramente asistencial se matiza, en especial tras las reformas de 2016 y 2019.

El texto vigente del Reglamento parte de la premisa de que la intervención operativa de la Agencia se produce siempre a solicitud y con el consentimiento del Estado/s miembro/s afectado. En este sentido, los efectivos de la Agencia desplegados “estarán sujetos a la autorización del Estado miembro de acogida en su territorio” para poder desempeñar sus funciones y ejercer sus competencias, en particular “aquellas que requieren competencias ejecutivas” (art. 82.2). Así, un Estado puede, para el cumplimiento de sus obligaciones de control de las fronteras exteriores, pedir a la Agencia que coordine operaciones conjuntas (para uno o varios Estados miembros, con la posibilidad de incluir a terceros países) “para hacer frente a los *retos venideros*, como la inmigración ilegal, las amenazas actuales y futuras en las fronteras exteriores o la delincuencia transfronteriza, o que le preste una mayor asistencia técnica y operativa” o puede solicitar que la Agencia despliegue, durante un período limitado de tiempo, una intervención fronteriza rápida en el territorio de dicho Estado miembro de acogida cuando “se encuentre ante una situación de *retos concretos y desproporcionados*, en particular la llegada a determinados puntos de sus fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que tratan de entrar sin autorización en el territorio de ese Estado” (art. 37). Además, cuando un Estado miembro se enfrente a retos migratorios desproporcionados en *puntos críticos concretos* de sus fronteras exteriores caracterizados por grandes flujos migratorios mixtos de entrada ¹⁶, podrá solicitar el refuerzo técnico y operativo de los equipos de apoyo a la gestión de la migración, compuestos por expertos de las agencias de la Unión pertinentes (p. ej. por expertos de la OEAA o de Europol) y ese refuerzo operativo podrá incluir a agentes con competencias ejecutivas de FRONTEX (art. 40). Novedad importante de las últimas reformas es la atribución de competencias a la Agencia en materia de retorno para, a petición del Estado implicado, asistir técnica y operativamente en la correcta aplicación de los procedimientos de expulsión y en la ejecución efectiva de las decisiones de retorno, así como para coordinar y organizar operaciones de retorno desde uno o varios Estados miembros (arts. 48 y ss.).

Pero el Reglamento FRONTEX contempla también un papel proactivo de la Agencia en la adopción de las medidas descritas, en aquellos supuestos en los que las administraciones nacionales han fracasado en la adecuada gestión de las fronteras externas. En efecto, 1) si un Estado miembro “que se enfrente a un reto concreto y desproporcionado en las fronteras exteriores” no ha solicitado ayuda suficiente a la Agencia, tal y como hemos visto que puede hacer, o no está dando los pasos necesarios para hacerlo; o 2) cuando,

¹⁶ La Organización Internacional para las Migraciones define los flujos migratorios mixtos como movimientos de población complejos, que incluyen a refugiados y solicitantes de asilo, para quienes se requiere el establecimiento de salvaguardas específicas para su identificación y acceso a los procedimientos para la determinación de su condición protegida, pero también migrantes económicos y otros migrantes. Esos flujos mixtos están relacionados habitualmente con movimientos irregulares, implicando a personas que viajan sin la documentación necesaria, atraviesan fronteras y llegan a su destino sin autorización (OIM, 2009).

tras una evaluación de vulnerabilidad - i.e. de la capacidad y preparación de los Estados miembros para hacer frente a las amenazas y a los retos en las fronteras exteriores -, el Director ejecutivo de la Agencia haya recomendado la adopción de determinadas medidas y dicha recomendación no haya sido atendida por el Estado miembro implicado, el Reglamento prevé en el art. 42 un mecanismo claramente coercitivo: el Consejo, a propuesta de la Comisión, y siendo informado sin demora al Parlamento Europeo, “podrá adoptar sin demora una decisión, mediante un acto de ejecución, en la que se fijen las medidas que deberá adoptar la Agencia al objeto de aminorar dichos riesgos y en la que se exija al Estado miembro implicado que coopere con la Agencia en su aplicación”.

La ejecución práctica de las medidas corresponde a la Agencia, que un breve plazo debe acordar un plan operativo con el Estado y desplegar de inmediato el personal operativo necesario. La Decisión, igualmente, será obligatoria para al Estado miembro implicado, que está obligado a cooperar de inmediato con la Agencia y tomar las medidas necesarias, poniendo a disposición el personal operativo que se le requiera. Si el Estado miembro en cuestión no ejecuta la decisión del Consejo en el plazo de treinta días y no coopera con la Agencia, el Reglamento permite que se inicie el procedimiento para reestablecer los controles fronterizos en las fronteras interiores de la Unión.

Para llevar a cabo la asistencia técnica y operativa que precisan las medidas que hemos descrito más arriba, la Agencia cuenta con efectivos propios para su despliegue en el territorio de los Estados miembros. Se trata del llamado *cuerpo permanente de la Guardia Europea de Fronteras y Costas* que el anexo I del Reglamento prevé alcance los 10.000 empleados en 2027. Ese cuerpo no solo se nutre ya del personal que los Estados miembros tienen la obligación imperativa de poner a disposición de la Agencia, sino también, novedad importante del Reglamento de 2019, de miembros del personal operativo de la propia Agencia (art. 55). Unos y otros estarán facultados para realizar tareas de control fronterizo o de retorno, incluidas las que requieran las competencias ejecutivas (art. 54.3 y 55.7). Ahora bien, durante el despliegue de los equipos, es importante destacarlo, será siempre el Estado miembro de acogida (o el tercer país, en su caso) el que ostente el mando operativo, impartiendo instrucciones a los equipos, eso sí siempre de conformidad con el plan operativo cuyo cumplimiento fiscalizará el “agente de coordinación” de la Agencia (art. 43). Así lo señala expresamente el art. 82.4 al precisar que “los miembros de los equipos solo podrán desempeñar funciones y ejercer competencias bajo las instrucciones de los guardias de fronteras o del personal del Estado miembro de acogida que participe en tareas relacionadas con el retorno” y, además, “como norma general, en su presencia” aunque, excepcionalmente, “el Estado miembro de acogida podrá autorizar a los miembros de los equipos para que actúen en su nombre”.

4. Evaluación de las facultades operativas de Frontex en perspectiva constitucional

La Guardia de Fronteras y Costas, aún después de la reforma de 2019, que indudablemente ha reforzado las capacidades operativas y la autonomía de medios materiales y de personal de la Agencia, no puede considerarse propiamente una policía federal de fronteras y quizá, a la vista de algunos límites presentes en los Tratados, no llegue a existir

nunca¹⁷. Pero más allá de ese pronóstico, que pudiera resultar equivocado, nos interesa ahora volver a los elementos que hemos expuesto en el apartado segundo de este breve texto y que definen el marco constitucional del reparto de competencias de ejecución en la Unión Europea.

El art. 72 del TFUE - en relación con el art. 4.2 - al limitar la capacidad de la Unión para incidir en el ejercicio de las responsabilidades de los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior, determina, primeramente, la exigencia de que los Estados deban solicitar o consentir, en todo caso y en última instancia, el despliegue de operativos de FRONTEX en su territorio. Esa limitación contenida en los Tratados a la competencia de ejecución de la Unión explicaría también por qué en todo caso el mando operativo, incluso tratándose de efectivos de la propia Agencia, se atribuye por el Reglamento a la administración nacional. El Estado no renuncia, por tanto, a sus responsabilidades, sino que las ejerce de acuerdo con un plan acordado con la Agencia y para cuya ejecución esta le proporciona efectivos adicionales (procedentes de otros Estados miembros o, ahora, de la propia Agencia)¹⁸.

De igual manera, la configuración actual de las facultades ejecutivas de FRONTEX parecen estar condicionadas también por el principio de subsidiaridad. En efecto, como hemos visto, el Reglamento se ocupa específicamente del supuesto en que las administraciones nacionales no garantizan la integridad de sus territorios mediante un control eficaz de sus fronteras externas. Usando la terminología del Art. 291.2 estamos ante un supuesto en que la acción de los Estados es insuficiente para garantizar la homogeneidad en la aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, la asunción por la Unión de competencias ejecutivas y, por ende, de la gestión directa de la frontera, estaría plenamente legitimada desde el punto de vista del principio de subsidiaridad. Pero, nótese que por mucho que las reformas de 2016 y 2019 hayan supuesto una ampliación de las facultades ejecutivas de la agencia, incluso en aquellos supuestos en que los Estados miembros han demostrado su incapacidad para gestionar las fronteras exteriores, el Reglamento busca el consentimiento del Estado, aun con medidas coercitivas indirectas (como lo son la amenaza de restablecer los controles en las fronteras interiores y la suspensión del espacio Schengen para ese Estado), y aun entonces es la administración del Estado implicado la que debe dar las instrucciones oportunas a los agentes desplegados por la Agencia.

Por último, resulta necesario valorar las nuevas facultades de FRONTEX a la vista de la doctrina *Meroni* y a la interpretación estricta que de esa sentencia ha hecho la doctrina y el propio Tribunal a lo largo de los años. Es cierto que la “nueva” agencia ejerce poderes discrecionales a la hora de supervisar la actuación de los Estados miembros, evaluar los riesgos presentes y futuros y formular planes operativos. Asimismo, el personal estatutario de la agencia puede ejercer facultades que pueden comportar cierto grado de discrecionalidad sobre el terreno (tales como la expedición o denegación de visados o la autorización o denegación de entrada). Todo ello podría, en principio, entrar en conflicto con

¹⁷ Una visión crítica con las insuficiencias de la configuración de la agencia en De Bruycker (2016). Confrontar con Niemann y Speyer (2018).

¹⁸ Sobre los problemas que el art. 72 TFUE ha planteado en la reforma de las funciones de FRONTEX, Rijpma (2016), y Meijers Committee (2018).

los límites estrictos que el Tribunal de Justicia ha impuesto a la delegación de funciones en las agencias. No obstante, esa rigidez parece estar en retroceso, tanto en la propia doctrina del Tribunal¹⁹ como en la práctica, donde hoy día pueden encontrarse agencias europeas que ostentan poderes discrecionales para adoptar actos administrativos dirigidos a particulares y que gozan incluso de algunos poderes de reglamentación, aunque su función ordinaria siga siendo la de apoyar y coordinar las administraciones nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

De Bruycker, P. (2016): “The European Border and Coast Guard: A New Model Built on an Old Logic”, en *European Papers* 1(2), 559-569.

Fernández Rojo, D. (2018): *Evolution of the Operational Tasks of FRONTEX, EASO and EUROPOL: Towards an Integrated Border Management, Migration and Asylum Administration*, (tesis doctoral inédita leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto).

- (2016): “Creación de una Guardia Europea de Fronteras y Costas: Breve análisis de la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea de 15 de diciembre de 2015”, en *European Papers* 1(1), 203-212.

Fink, M. (2018): *Frontex and Human Rights: Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford University Press.

Meijers Committee (2018): *Comments on the draft for a new Regulation on a European Border and Coast Guard, (COM (2018) 631 final) and the amended proposal for a Regulation on a European Union Asylum Agency (COM(2018) 633 final)*.

Mungianu, R. (2018): *Frontex and Non-Refoulement: The International Responsibility of the EU*, Cambridge University Press.

Niemann, A. y Speyer, J. (2018): “A Neofunctionalist Perspective on the ‘European Refugee Crisis’: The Case of the European Border and Coast Guard”, en *Journal of Common Market Studies* 56(1), 23-43.

Organización Internacional para las Migraciones (2019): *Migración Irregular y Flujos Migratorios Mixtos: enfoque de la OIM*, 98ª Reunión.

Rijpma, J. (2016): *The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?* (informe preparado para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo).

Santos Vara, J. (2018): “La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿hacia una centralización en la gestión de las fronteras?”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n. 59, 143-186.

¹⁹ Véase, por ejemplo, asunto C-270/12 *Reino Unido c. Parlamento y Consejo* ECLI:EU:C:2014:18, de 22 de enero de 2014.