



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. MELCHIOR WATHELET  
presentadas el 31 de enero de 2013<sup>1</sup>

**Asunto C-534/11**

**Mehmet Arslan**

**contra**

**Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, República Checa)]

«Nacional de un país tercero — Situación irregular — Internamiento a efectos de devolución a la frontera — Directiva 2008/115/CE — Solicitud de protección internacional — Directiva 2005/85/CE — Directiva 2003/9/CE — Abuso de derecho»

## I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial, presentada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 20 de octubre de 2011, se refiere en particular a la interpretación del artículo 2, apartado 1, en relación con el noveno considerando de la 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<sup>2</sup> (en lo sucesivo, «Directiva sobre el retorno»), y a la interacción de estas normas con la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.<sup>3</sup>

2. La petición de decisión prejudicial se ha planteado en el marco de un litigio entre el Sr. Arslan, un nacional turco, y la Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie (Policía de la República Checa, Dirección Regional de la Región de Ústí, sección de policía de extranjería) (en lo sucesivo, «demandada en el litigio principal»). El Sr. Arslan entró y residió en el territorio de la República Checa sin la autorización oportuna. La demandada en el litigio principal decidió mantenerlo en régimen de internamiento durante 60 días con el fin de proceder a su expulsión administrativa. El Sr. Arslan interpuso un recurso ante los órganos jurisdiccionales checos contra la decisión adoptada por la demandada en el litigio principal de prolongar su internamiento por un período adicional de 120 días. El Sr. Arslan sostiene que, en la fecha de la decisión de prolongar la duración de su internamiento, ya no existía ninguna perspectiva razonable de que su expulsión

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 348, p. 98.

3 — DO L 326, p. 13 y rectificación en DO 2006, L 236, p. 36.

podiera realizarse antes de la finalización del plazo máximo de internamiento previsto en la legislación nacional, a saber, 180 días. En efecto, a su juicio, dicho plazo se superaría necesariamente habida cuenta de su solicitud de protección internacional (en lo sucesivo, «solicitud de asilo»)<sup>4</sup> y su intención de utilizar y agotar todas las vías procesales y jurisdiccionales aplicables en el marco de dicha solicitud.

3. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en primer lugar, sobre la aplicabilidad de la Directiva sobre el retorno a un nacional de un país tercero en situación irregular que presenta una solicitud de asilo al amparo de la Directiva 2005/85 y, en segundo lugar, si dicha solicitud debe tener por consecuencia la finalización de su internamiento a efectos de expulsión sobre la base de la Directiva sobre el retorno.

4. En el marco de estas cuestiones, la petición de decisión prejudicial suscita el problema de la posible instrumentalización de las normas en materia de asilo con el fin de hacer inoperante la aplicación de la Directiva sobre el retorno.

## II. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

#### 1. Directiva sobre el retorno

5. El considerando noveno de la Directiva sobre el retorno establece que:

«Con arreglo a la Directiva [2005/85], no se debe considerar que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo.»

6. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre el retorno dispone:

«La presente Directiva se aplicará a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro.»

7. El artículo 3, punto 2, de la Directiva sobre el retorno define el concepto de «situación irregular» como «la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones [...] de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro».

8. En virtud del artículo 5 de la Directiva sobre el retorno, los Estados miembros respetarán el principio de no devolución reconocido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra<sup>5</sup> incluso cuando apliquen dicha Directiva.

4 — Según el artículo 2, letra b), de la Directiva 2005/85 se entenderá por «solicitud» o «solicitud de asilo», «la solicitud presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida que pueda entenderse como una petición de protección internacional de un Estado miembro en el sentido de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951 [*Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 189, p. 150, n° 2545 (1954), entró en vigor el 22 de abril de 1954. Fue completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, que entró en vigor el 4 de octubre de 1967 (en lo sucesivo, «Convención de Ginebra»)]. Cualquier solicitud de protección internacional se considerará solicitud de asilo, a menos que la persona afectada pida explícitamente otra clase de protección que pueda solicitarse por separado». En las presentes conclusiones, utilizaré las expresiones «solicitud de asilo» y «solicitante de asilo». Véase también el artículo 2, letra b), de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (DO L 31, p. 18).

5 — El artículo 33 de la Convención, titulado «Prohibición de expulsión y de devolución», prevé en su apartado 1: «Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.»

9. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva sobre el retorno prevé que «los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio [...]».

10. El artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva sobre el retorno dispone que los Estados miembros aplazarán la expulsión cuando éste vulnere el principio de no devolución.

11. A tenor del artículo 15 de la Directiva sobre el retorno:

«1. Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, especialmente cuando:

- a) haya riesgo de fuga, o
- b) el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión.

Cualquier internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión.

[...]

4. Cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente.

5. El internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 y sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve a buen término. Cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses.

6. Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un periodo limitado no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a:

- a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o
- b) demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.»

## 2. Directiva 2005/85

12. La Directiva 2005/85 establece normas mínimas para el procedimiento de concesión o retirada de la condición de refugiado. Regula fundamentalmente la presentación de las solicitudes de asilo, el procedimiento de tramitación de dichas solicitudes y los derechos y obligaciones de los solicitantes de asilo en dicho procedimiento.

13. El artículo 7 de la Directiva 2005/85 prevé:

«1. Los solicitantes estarán autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución de conformidad con los procedimientos en primera instancia establecidos en el capítulo III. Este derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.

3. Los Estados miembros sólo podrán hacer una excepción cuando, de conformidad con los artículos 32 y 34, no se vaya a examinar una solicitud posterior o cuando vayan a entregar o a extraditar, según proceda, a una persona bien a otro Estado miembro en virtud de obligaciones derivadas de una orden de detención europea u otro tipo de mandamiento, bien a un tercer país ante órganos jurisdiccionales penales internacionales.»

14. El artículo 18 de la Directiva 2005/85 establece:

«1. Los Estados miembros no mantendrán a una persona detenida por la única razón de que sea un solicitante de asilo.

2. Cuando se mantenga detenido a un solicitante de asilo, los Estados miembros velarán por que exista la posibilidad de una revisión judicial rápida.»

15. El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2005/85 prevé:

«Los Estados miembros podrán también disponer que se dé prioridad o se acelere el procedimiento de examen [...] si:

[...]

g) el solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles o insuficientes que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es poco convincente por lo que respecta al hecho de haber sufrido la persecución a la que se refiere la Directiva 2004/83/CE [6], o

[...]

j) el solicitante presentase una solicitud con la única intención de retrasar o frustrar la aplicación de una resolución anterior o inminente que diera lugar a su expulsión, o

[...]

l) el solicitante hubiese entrado ilegalmente o prolongado su estancia ilegalmente en el territorio del Estado miembro y no se hubiese presentado a las autoridades ni presentado una solicitud de asilo con la mayor brevedad, sin una razón válida, dadas las circunstancias de su entrada [...]».

6 — Directiva del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (DO L 304, p. 12).

4. Directiva 2003/9

16. El artículo 7 de la Directiva 2003/9 prevé:

«1. Los solicitantes de asilo podrán circular libremente por el territorio del Estado miembro de acogida o dentro de una zona que les haya asignado dicho Estado miembro. La zona asignada no afectará a la esfera inalienable de la vida privada y ofrecerá suficiente margen para garantizar el acceso a todos los beneficios concedidos con arreglo a la presente Directiva.

2. Los Estados miembros podrán asignar residencia al solicitante de asilo por razones de interés público, de orden público o cuando así lo requirieran la tramitación rápida y la supervisión eficaz de su solicitud.

3. Cuando ello resulte necesario, por ejemplo por motivos jurídicos o de orden público, los Estados miembros podrán confinar a un solicitante de asilo en un lugar determinado de conformidad con su legislación nacional.

[...]»

B. *Derecho checo*

17. La Directiva sobre el retorno se transpuso al Derecho checo fundamentalmente mediante una modificación de la Ley n° 326/1999 Sb. relativa a la estancia de extranjeros en el territorio de la República Checa (en lo sucesivo, «Ley relativa a la estancia de extranjeros»).

18. En virtud del artículo 124, apartado 1, de esta Ley, la policía «tendrá derecho a internar a nacionales extranjeros mayores de 15 años, a los que se haya notificado el inicio de un procedimiento de expulsión administrativa, respecto a los que se haya adoptado una decisión definitiva de expulsión administrativa, o respecto a los que otro Estado miembro de la Unión Europea haya impuesto una prohibición de entrada aplicable al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, siempre y cuando la imposición de una medida especial a efectos de salida al extranjero no sea suficiente», y si se cumple al menos una de las condiciones previstas en las letras b) y e) de dicha disposición, a saber, que «exista el riesgo de que el nacional extranjero obstaculice o impida la ejecución de la decisión de expulsión administrativa» y que «el nacional extranjero esté registrado en el sistema de información de las partes contratantes».

19. Según el artículo 125, apartado 1, de la Ley relativa a la estancia de extranjeros, la duración del internamiento no podrá superar, en principio,<sup>7</sup> los 180 días.

20. El artículo 127 de la Ley relativa a la estancia de extranjeros dispone:

«1. Se pondrá fin al internamiento sin demora indebida:

a) cuando dejen de existir los motivos para el mismo;

[...]

d) si se ha concedido al extranjero el asilo o una protección subsidiaria; o

<sup>7</sup> — El artículo 125, apartado 2, de dicha Ley determina las excepciones que permiten superar ese plazo. Según el órgano jurisdiccional remitente, estas excepciones no son aplicables al Sr. Arslan.

e) si se ha concedido al extranjero un permiso de residencia de larga duración a efectos de su protección en el territorio.

2. La presentación de una solicitud de protección internacional durante el internamiento no constituirá un motivo para poner fin al internamiento.»

21. El Derecho checo fue adaptado a la Directiva 2005/85 fundamentalmente mediante una modificación de la Ley n° 325/1999 relativa al asilo. El artículo 85a de dicha Ley prevé:

- «1) La declaración de protección internacional pondrá fin a la validez del visado de larga duración o del permiso de residencia de larga duración concedido conforme a la legislación específica aplicable.
- 2) El estatuto jurídico del extranjero que se deriva de su ingreso en un centro de internamiento no se verá afectado por una eventual declaración de protección internacional o por una eventual solicitud de protección internacional (artículo 10).
- 3) El extranjero que haya realizado una declaración de protección internacional o que haya presentado una solicitud de protección internacional estará obligado a permanecer en el centro de internamiento, sin perjuicio de las condiciones establecidas en la legislación específica aplicable.»

### **III. Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

22. El 1 de febrero de 2011, el Sr. Arslan fue detenido por una patrulla de la policía checa y fue internado. El 2 de febrero de 2011, fue adoptada una decisión de expulsión en su contra. Mediante una decisión de 8 de febrero de 2011, la duración del internamiento del Sr. Arslan se fijó en 60 días basándose en particular en que, habida cuenta de su comportamiento en el pasado, cabía presumir que intentaría sustraerse a la decisión de expulsión. En la decisión se indicaba que el Sr. Arslan, titular de un documento de identidad de la República de Turquía, había entrado clandestinamente en el espacio Schengen, había residido acto seguido en Austria y después en la República Checa sin documentación de viaje ni visado. Además, dicha decisión señalaba que el Sr. Arslan ya había sido sorprendido en 2009 en territorio griego en posesión de un pasaporte falso, había sido devuelto a su país de origen y había sido registrado en el sistema de información Schengen como persona cuya entrada a los Estados del espacio Schengen está prohibida durante el período comprendido entre el 26 de enero de 2010 y el 26 de enero de 2013.

23. El 8 de febrero de 2011, es decir siete días después de su internamiento, seis días después de la decisión de su expulsión y en la misma fecha en la que se adoptó la decisión por la que se fijó en 60 días la duración de su internamiento, el Sr. Arslan presentó a las autoridades checas una solicitud de asilo.

24. El 25 de marzo de 2011, el internamiento del Sr. Arslan fue prorrogado por 120 días mediante decisión de la demandada en el litigio principal basándose en que esa prórroga era necesaria para proseguir los trámites de ejecución de la decisión de expulsión del interesado, ya que durante el período de examen de su solicitud de asilo no podía ejecutarse la decisión de expulsión administrativa. Según la decisión de 25 de marzo de 2011, la solicitud de asilo fue presentada por el Sr. Arslan con el fin de dificultar la ejecución de la decisión de expulsión. En dicha decisión se indicaba además que hasta el momento la embajada de Turquía no había expedido aún documentación de viaje sustitutiva para el Sr. Arslan, lo que impedía también la ejecución de la decisión de expulsión.

25. Cabe recordar que el Sr. Arslan interpuso un recurso ante el Krajský soud d'Ústí nad Labem (tribunal regional d'Ústí nad Labem, República Checa) contra la decisión de 25 de marzo de 2011, alegando que, en el momento de adopción de ésta, ya no existían, teniendo en cuenta su solicitud de asilo, perspectivas razonables de que su expulsión pudiera efectuarse durante el plazo de internamiento máximo de 180 días previsto en la ley checa relativa a la estancia de extranjeros. El Sr. Arslan comunicó además su intención, en caso de que el Ministerio del Interior denegara su solicitud de asilo, de impugnar esa decisión del Ministerio mediante un recurso al que la ley atribuye efecto suspensivo. Mencionó asimismo, en caso de desestimación de dicho recurso, la posibilidad de interponer un recurso de casación ante el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo), que también tiene efecto suspensivo.

26. Habida cuenta de la duración habitual de los procedimientos judiciales en este tipo de asuntos, el Sr. Arslan consideró que no era realista que la decisión de expulsión administrativa pudiera ejecutarse en el referido plazo de 180 días. En estas circunstancias, la decisión de prórroga de 25 de marzo de 2011 era contraria al artículo 15, apartados 1 y 4, de la Directiva sobre el retorno así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 5, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.<sup>8</sup>

27. Según el Sr. Arslan, la decisión controvertida no era ilegal por contravenir el derecho de asilo, sino porque no se cumplía un requisito esencial de su internamiento, a saber, que exista una perspectiva razonable de expulsión antes del fin del plazo máximo del internamiento.

28. El Krajský soud desestimó el recurso mediante sentencia de 27 de abril de 2011, declarando que la argumentación del Sr. Arslan «era puramente interesada y especulativa» puesto que no cabía excluir que el procedimiento de solicitud de asilo, incluidos los eventuales procesos judiciales, se desarrollara en el plazo fijado por la decisión de 25 de marzo de 2011. El Sr. Arslan interpuso un recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente basándose, en esencia, en los mismos argumentos invocados en primera instancia.

29. Mediante decisión de 12 de abril de 2011, el Ministerio del Interior checo denegó la solicitud de asilo del Sr. Arslan. Éste interpuso recurso contra dicha decisión.

30. El 27 de julio de 2011, es decir, prácticamente cuando terminaba el plazo fijado en la decisión impugnada por el Sr. Arslan, las autoridades checas pusieron fin al internamiento del Sr. Arslan «porque los motivos de su internamiento habían dejado de existir».<sup>9</sup>

31. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si procede interpretar el artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre el retorno en el sentido de que hay que finalizar el internamiento de un extranjero a efectos de retorno cuando éste haya presentado una solicitud de asilo y al mismo tiempo no existan otros motivos para prolongar el internamiento que preparar el retorno o proceder a la expulsión.<sup>10</sup> El órgano jurisdiccional remitente se decanta por una respuesta afirmativa, por estimar que el internamiento sólo puede prorrogarse si se adopta una nueva decisión de internamiento, que no se apoye sin embargo en la Directiva sobre el retorno, sino en otra norma que permita específicamente internar a un solicitante de asilo. No obstante, según el órgano jurisdiccional remitente, esta conclusión podría fomentar la utilización abusiva de los procedimientos de asilo.

8 — El artículo 5, titulado «Derecho a la libertad y a la seguridad», prevé que «[...] Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...]»

9 — Esta frase figura en la resolución de remisión y se refiere a la letra a) del apartado 1 del artículo 127 de la Ley relativa a la estancia de extranjeros; véase el punto 20 *supra* de estas conclusiones.

10 — Véase el artículo 15, apartado 1, de la Directiva sobre el retorno.

32. El órgano jurisdiccional remitente observa asimismo que el legislador checo no comparte en absoluto esta interpretación, ni tampoco la propugnada por el Abogado General Sr. Mazák en sus conclusiones presentadas en el asunto Kadzoev.<sup>11</sup>

33. En estas circunstancias, el Nejvyšší správní soud decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1. ¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 1, en relación con el considerando noveno de la Directiva sobre el [“retorno”], en el sentido de que dicha Directiva no es de aplicación a un nacional de un tercer país que ha solicitado protección internacional en el sentido de la Directiva [2005/85]?
2. Si la respuesta a la primera cuestión fuera afirmativa, ¿debe ponerse fin al internamiento de un nacional extranjero a efectos de retorno si éste solicita protección internacional en el sentido de la Directiva 2005/85 y no existen otras razones para mantenerlo internado?

#### **IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

34. En su resolución de remisión, el Nejvyšší správní soud solicitó al Tribunal de Justicia la tramitación del asunto en procedimiento acelerado conforme al artículo 104 *bis*, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia aplicable en la época de los hechos del asunto principal. El órgano jurisdiccional remitente explicó, en particular, que aunque el internamiento del Sr. Arslan finalizó el 27 de julio de 2011, seguía siendo oportuno tramitar este asunto de forma acelerada por la existencia de un gran número de casos similares en los que el internamiento de extranjeros se mantenía o de supuestos de internamiento que sin duda se producirán en el futuro.

35. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2012, esa solicitud fue desestimada.

36. Los Gobiernos checo, alemán, francés, eslovaco y suizo, así como la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. Los Gobiernos checo, alemán y francés, así como la Comisión formularon observaciones en la vista de 7 de noviembre de 2012.

#### **V. Análisis**

##### *A. Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales*

37. El Gobierno francés expresa dudas sobre la admisibilidad de la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, ya que de la resolución de remisión no resulta que el Sr. Arslan haya negado la aplicabilidad de la Directiva sobre el retorno por haber presentado una solicitud de asilo. Más bien parece que se discute si, cuando esta Directiva se aplica a un solicitante de asilo, sigue cumpliéndose el requisito para mantener su internamiento, a saber, la existencia de una perspectiva razonable de expulsión. El Gobierno francés considera que no es evidente que la primera cuestión sea necesaria para que el órgano jurisdiccional remitente pueda resolver el litigio. En estas condiciones, esta primera cuestión presenta un carácter hipotético.

<sup>11</sup> — Sentencia de 30 de noviembre de 2009 (C-357/09 PPU, Rec. p. I-11189 9).

38. Según reiterada jurisprudencia, cuando las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional versan sobre la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse.<sup>12</sup> No obstante, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial cuando resulta evidente que la interpretación de una norma comunitaria, solicitada por un órgano jurisdiccional nacional, no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio, o también cuando el problema es de naturaleza hipotética y el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.<sup>13</sup>

39. La función confiada al Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento prejudicial consiste, en efecto, en contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no en formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas.<sup>14</sup>

40. Como indica el Gobierno francés, estimo que la primera cuestión es hipotética, puesto que la solución del litigio principal no depende de la respuesta del Tribunal de Justicia a dicha cuestión.

41. A este respecto, se desprende claramente de la resolución de remisión que el Sr. Arslan no cuestiona en absoluto la motivación de la decisión de proceder a su expulsión administrativa y mantenerlo en régimen de internamiento a estos efectos. Invoca únicamente que en la fecha de la decisión de prorrogar su internamiento ya concurría, con independencia de su condición de solicitante de asilo, el motivo que exigía poner fin a este internamiento, puesto que no había perspectivas razonables de ejecutar la decisión de expulsión antes del final del plazo máximo de internamiento previsto en la legislación nacional. Señalaré que, según la resolución de remisión, el Sr. Arslan alegó incluso que convenía interpretar las disposiciones nacionales a la luz únicamente del artículo 15 (apartados 1 y 4) de la Directiva sobre el retorno.

42. Además, se deduce también de la resolución de remisión presentada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 20 de octubre de 2011 que, en esa fecha, el internamiento del Sr. Arslan ya había terminado «puesto que los motivos de su internamiento habían dejado de existir». Es preciso destacar además que el 27 de julio de 2011, fecha de finalización del internamiento del Sr. Arslan, prácticamente se había alcanzado ya la duración máxima de 180 días de internamiento conforme al artículo 125, apartado 1, de la Ley relativa a la estancia de extranjeros.

43. Por otra parte, resulta de los autos y de la vista que el Sr. Arslan huyó inmediatamente y desapareció después de que su internamiento fuera cancelado el 27 de julio de 2011. No ha participado tampoco en el presente procedimiento prejudicial.

44. Dado que el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente tiene por objeto un recurso contra la decisión de la demandada en el litigio principal de 25 de marzo de 2011 de prorrogar el internamiento del Sr. Arslan y puesto que, a la luz de los hechos expuestos en los puntos 42 y 43 de las presentes conclusiones, su internamiento ya ha terminado, considero que la respuesta a las cuestiones prejudiciales no permitiría obtener elementos de interpretación del Derecho de la Unión que el órgano jurisdiccional remitente pudiera aplicar de forma útil para resolver, conforme a dicho Derecho, el litigio del que conoce.<sup>15</sup> Mi opinión se ve confirmada por el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente ha justificado su solicitud de tramitación en procedimiento acelerado por la existencia o inminencia de un gran número de casos similares.

12 — Véase la sentencia de 8 de noviembre de 1990, Gmurzynska (C-231/89, Rec. p. I-4003), apartado 20.

13 — Véanse, en particular, las sentencias de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartado 39; de 15 de junio de 2006, Acereda Herrera (C-466/04, Rec. p. I-5341), apartado 48 y de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros (C-94/04 y C-202/04, Rec. p. I-11421), apartado 25.

14 — Véanse, en particular, las sentencias de 12 de junio de 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659), apartado 32, y de 8 de septiembre de 2009, Budějovický Budvar (C-478/07, Rec. p. I-7721), apartado 64.

15 — Véase, en este sentido, la sentencia de 16 de septiembre de 1982, Vlaeminck (132/81, Rec. p. 2953), apartado 13.

45. Por consiguiente, estimo que las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente no son admisibles.

46. Sin embargo, para el supuesto de que el Tribunal de Justicia decidiera responder a estas cuestiones, presento al Tribunal las conclusiones siguientes sobre el fondo de dichas cuestiones.

#### B. Sobre el fondo de las cuestiones prejudiciales

##### 1. Alegaciones

47. El Gobierno checo considera que, si bien el Tribunal de Justicia ha declarado en su sentencia Kadzoev, antes citada, que el internamiento a efectos de expulsión y las medidas de internamiento adoptadas contra un solicitante de asilo están sujetos a regímenes jurídicos distintos, esa sentencia no excluye sin embargo que la persona internada con arreglo al régimen de la Directiva sobre el retorno sea sometida a internamiento en el marco de ese mismo régimen después de la presentación de una solicitud de asilo.

48. Dado que el internamiento de un extranjero a efectos de expulsión debe estar justificado por motivos serios, el Gobierno checo estima que se contravendría gravemente la finalidad de la Directiva si esa persona pudiera eludir el régimen de dicha Directiva y el internamiento ordenado con arreglo a la misma a través de la simple presentación de una solicitud de asilo. En tal caso, la presentación de una solicitud de asilo equivaldría a «una fórmula mágica» gracias a la cual una persona internada al amparo del régimen de la Directiva sobre el retorno podría fácilmente «abrir las puertas» del internamiento.

49. La República Checa considera que las personas en régimen de internamiento conforme a la Directiva sobre el retorno deben seguir estando sujetas a dicha Directiva incluso después de la presentación de una solicitud de asilo. Ello no impediría que dichas personas estuvieran sujetas igualmente a las disposiciones materiales y procesales aplicables a los solicitantes de asilo.

50. El Gobierno alemán estima que se deduce de los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 2, de la Directiva sobre el retorno así como de su considerando noveno que dicha Directiva no es aplicable a los nacionales de países terceros que han presentado una solicitud de asilo durante la tramitación del procedimiento de asilo. En efecto, según el Gobierno alemán, un nacional de un país tercero que ha presentado una solicitud de protección conforme a la Directiva 2005/85 está autorizado para residir en el Estado miembro en virtud del artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva.

51. En opinión del Gobierno alemán, corresponde a los Estados miembros determinar en qué condiciones un solicitante de asilo puede ser sometido a internamiento. Considera que el artículo 18 de la Directiva 2005/85 no se opone al internamiento de un nacional de un país tercero y la Directiva 2003/9 supone asimismo, en sus artículos 2, letra k), 6, apartado 2, 13, apartado 2, y 14, apartado 8, que el solicitante de asilo puede encontrarse en régimen de internamiento.

52. El Gobierno alemán estima que para la eficacia del procedimiento de retorno se requiere, en ciertos casos, la posibilidad de mantener en régimen de internamiento a los nacionales de terceros países que han sido internados a efectos de su retorno o expulsión, aunque éstos presenten una solicitud de asilo durante su internamiento. Según este Gobierno, la presentación de solicitudes de asilo abusivas se vería fomentada si entrañara obligatoriamente la liberación del nacional del país tercero en situación irregular. El Gobierno alemán indica que el artículo 15 de la Directiva sobre el retorno únicamente autoriza el internamiento a efectos de retorno o expulsión en condiciones estrictas, prácticamente como *ultima ratio* del procedimiento de retorno.

53. El Gobierno eslovaco considera que el objetivo de la Directiva sobre el retorno quedaría en entredicho si no fuera posible oponerse a la fuga de una persona en situación irregular mediante su internamiento por los motivos y sobre la base de la Directiva sobre el retorno, incluso después de presentar una solicitud de asilo. A juicio de dicho Gobierno, ello podría justificar mantener en régimen de internamiento a un nacional de un país tercero al amparo de la Directiva sobre el retorno después de la presentación de una solicitud de asilo. Aun en la hipótesis de que esta conclusión no fuera aplicable, la República de Eslovaquia estima que es indispensable que las autoridades competentes dispongan, después de la presentación de una solicitud de asilo durante el régimen de internamiento a efectos de retorno, de un plazo adecuado para valorar la posibilidad de internar a la persona afectada sobre la base de las directivas en materia de asilo y del Derecho interno.

54. Según el Gobierno francés, corresponde al legislador de la Unión asegurar un equilibrio equitativo entre el respeto del principio de no devolución y los objetivos de prevención y lucha intensificada contra la inmigración ilegal.

55. El Gobierno francés estima que el principio de no devolución se consagra también en la Directiva sobre el retorno, en particular en su artículo 2, interpretado a la luz de su noveno considerando. Sin embargo, dicho Gobierno es de la opinión de que el artículo 2 de la Directiva sobre el retorno, interpretado a la luz del conjunto de esta Directiva y de las Directivas 2003/9 y 2005/85, debe interpretarse en el sentido de que la Directiva sobre el retorno puede aplicarse a los nacionales de un país tercero en situación irregular que han presentado una solicitud de asilo, siempre que se respeten las garantías conferidas por el régimen de asilo nacional conforme a las Directivas 2003/9 y 2005/85, y siempre que, si así lo exige el principio de no devolución, se aplazase la ejecución de la decisión de expulsión. Además, el internamiento de un solicitante de asilo o el mantenimiento de ese internamiento están supeditados, por una parte, al respeto del principio de proporcionalidad, a la luz del artículo 15, apartado 1, de la Directiva sobre el retorno, y por otra parte, a la existencia de una perspectiva razonable de expulsión, conforme al artículo 15, apartado 4, de dicha Directiva.

56. El Gobierno suizo y la Comisión estiman que en virtud del artículo 2, apartado 1, y del noveno considerando de la Directiva sobre el retorno, un solicitante de asilo deja de estar sujeto a esta Directiva hasta que se adopte una decisión denegatoria definitiva sobre su solicitud de asilo. El Gobierno suizo y la Comisión señalan que si un nacional de un país tercero que está detenido en virtud de la Directiva sobre el retorno presenta una solicitud de asilo, hay que poner fin a la detención ordenada sobre la base de dicha Directiva.

57. Según la Comisión, el estatuto jurídico del interesado, como solicitante de asilo, se rige fundamentalmente por las Directivas 2003/9 y 2005/85. Por tanto, un solicitante de asilo sólo puede ser internado en virtud de dichas Directivas. Además, a juicio de la Comisión el internamiento del interesado como solicitante de asilo únicamente puede mantenerse si se adopta una nueva decisión de internamiento, basada en las disposiciones de la legislación en materia de asilo que autorizan el internamiento de los solicitantes de asilo.

## 2. Análisis

58. Antes de responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, conviene subrayar, con carácter preliminar, que el principio rector de no devolución, enunciado en el artículo 33 de la Convención de Ginebra, se aplica no sólo a la Directiva 2005/85, sino también a la Directiva sobre el retorno.

59. Aunque el legislador de la Unión ha adoptado la Directiva sobre el retorno con objeto de establecer una política migratoria bien gestionada,<sup>16</sup> la legitimidad de que los Estados miembros hagan retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular sólo se reconoce cuando se respete el régimen de asilo y en particular el principio de no devolución.<sup>17</sup> En efecto, según el artículo 5 de la Directiva sobre el retorno, al aplicar dicha Directiva los Estados miembros deberán respetar el principio de no devolución. Además, conforme al artículo 9 de la Directiva sobre el retorno, los Estados miembros aplazarán la expulsión, entre otros supuestos, cuando ésta vulnere el principio de no devolución.<sup>18</sup>

60. En lo que respecta al internamiento en virtud del artículo 15 de la Directiva sobre el retorno, se desprende del tenor de dicho artículo que el internamiento es de carácter excepcional y de último recurso. Sólo puede ordenarse si otras medidas menos coercitivas resultan inadecuadas y si se cumplen y continúan cumpliéndose determinados criterios muy estrictos.<sup>19</sup> A este respecto, el nacional de un país tercero sólo puede ser internado cuando sea «objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión», y «haya riesgo de fuga», «evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión» o el desarrollo regular del «proceso de expulsión». El internamiento del interesado será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión.<sup>20</sup> El internamiento deberá ser ordenado por escrito por las autoridades administrativas o judiciales, indicando los motivos de hecho y de Derecho. Cuando desaparezca la perspectiva razonable de expulsión antes de que finalice el plazo máximo de internamiento, dejará de estar justificado el internamiento y el interesado será puesto en libertad inmediatamente.<sup>21</sup>

a) Sobre la primera cuestión

61. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, al Tribunal de Justicia si la Directiva sobre el retorno puede aplicarse también a un nacional de un país tercero que ha presentado una solicitud de asilo.

62. Según lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre el retorno, dicha Directiva sólo se aplica a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. El artículo 3, punto 2, de la Directiva sobre el retorno define el concepto de «situación irregular» como la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país

16 — Véase el cuarto considerando de la Directiva sobre el retorno. En efecto, según los artículos 6 y 8 de la Directiva sobre el retorno, y salvo algunas excepciones enumeradas en dicha Directiva, los Estados miembros deberán dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un país tercero que se encuentre en situación irregular en su territorio y tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno. Véase, en este sentido, el apartado 59 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 2011, *El Dridi* (C-61/11 PPU, Rec. p. I-3015), en donde el Tribunal declaró que el objetivo perseguido por la Directiva sobre el retorno es la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular.

17 — Véase el octavo considerando de la Directiva sobre el retorno.

18 — Véase también el vigésimo tercer considerando de la Directiva sobre el retorno que dispone que: «la aplicación de la [Directiva sobre el retorno] se entiende sin perjuicio de las obligaciones resultantes de la Convención de Ginebra [...]».

19 — Considero que el internamiento con arreglo a la Directiva sobre el retorno se rige además de forma estricta por el principio de proporcionalidad. Según el décimo sexto considerando de la Directiva sobre el retorno, «el recurso al internamiento a efectos de expulsión se debe limitar y supeditar al principio de proporcionalidad por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos. Solo se justifica el internamiento para preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, y si la aplicación de medidas menos coercitivas no es suficiente».

20 — Según el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva sobre el retorno, el internamiento no podrá superar los seis meses con la posibilidad de una prórroga no superior a doce meses más, en los casos en los que pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a la falta de cooperación del interesado o demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria. Cabe recordar que el legislador checo ha limitado a 180 días la duración máxima del internamiento (sin perjuicio de lo que se indica en la nota 7 acerca de las excepciones que permiten superar ese plazo).

21 — En caso de internamiento ordenado por las autoridades administrativas, los Estados miembros deberán prever la posibilidad de un control judicial rápido de la legalidad del internamiento. El interesado será puesto en libertad inmediatamente si el internamiento es ilegal. Véase el artículo 15, apartado 2, de la Directiva sobre el retorno.

que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro. Pues bien, resulta del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/85 y de su considerando décimo tercero que un solicitante de asilo tiene derecho a permanecer en el Estado miembro hasta que se examine su solicitud, aunque no tenga derecho a un permiso de residencia.

63. Aunque es cierto que este derecho de permanencia se prevé en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/85 únicamente «a efectos del procedimiento», no es menos cierto que sólo en las condiciones muy estrictas previstas en el apartado 2 del mismo artículo los Estados miembros pueden limitar el derecho de permanecer.

64. La intención del legislador de la Unión de excluir, al menos temporalmente, de la aplicación de la Directiva sobre el retorno a los solicitantes de asilo se desprende también claramente del noveno considerando de la Directiva sobre el retorno que prevé que no se debe considerar que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo.<sup>22</sup> Por consiguiente, la situación de un nacional de un país tercero que ha presentado una solicitud de asilo sólo está regulada, en principio, por el marco normativo relativo al derecho de asilo.<sup>23</sup>

65. No obstante, sin perjuicio del respeto del principio rector de no devolución, las obligaciones derivadas de la Convención de Ginebra y en general los derechos fundamentales,<sup>24</sup> considero que mi posición debe ser matizada cuando existan indicios claros y concordantes de instrumentalización del marco normativo en materia de concesión del derecho de asilo con el fin de hacer inoperante la aplicación de la Directiva sobre el retorno, hasta el punto de dar lugar a un abuso del derecho de asilo.<sup>25</sup>

66. Este punto será examinado en el marco de la respuesta a la segunda cuestión.

67. A la vista de las consideraciones expuestas, estimo que la respuesta del Tribunal de Justicia a la primera cuestión debe ser que, salvo en caso de abuso de derecho, la Directiva sobre el retorno deja de ser aplicable a un nacional de un país tercero que ha presentado una solicitud de asilo, mientras el procedimiento relativo a dicha solicitud esté pendiente.

#### b) Sobre la segunda cuestión

68. Mediante su segunda cuestión, a la cual debo contestar porque mi respuesta a la primera cuestión es, en principio, afirmativa, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si debe, por lo tanto, ponerse fin al internamiento de un nacional de un país tercero a efectos de retorno cuando éste presente una solicitud de asilo y no existan otros motivos para mantener ese internamiento.<sup>26</sup>

22 — Procede señalar que, en el punto 82 de sus conclusiones presentadas en el asunto Kadzoev, antes citado, el Abogado General Mazák estimó «que un nacional de un tercer país que haya solicitado asilo no está incluido –o según el caso, ya no está incluido– en el ámbito de aplicación de la Directiva “retorno” mientras se tramita el procedimiento de examen de su solicitud de asilo».

23 — Véanse en este sentido las conclusiones del Abogado General Mazák en el asunto Kadzoev, antes citado, punto 84.

24 — Véanse los considerandos vigésimo tercero y vigésimo cuarto de la Directiva sobre el retorno.

25 — En este sentido, hay que señalar que en una reunión de trabajo celebrada en el seno del Consejo de la Unión Europea el 24 de noviembre de 2011, acerca de la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo [COM(2011) 320 final], se propuso modificar el artículo 8, apartado 3 de dicha Propuesta añadiendo una disposición en la que se previera el internamiento de un solicitante de asilo, cuando éste ya estuviera en régimen de internamiento conforme a la Directiva sobre el retorno, con objeto de preparar su expulsión o tramitar el procedimiento de expulsión, en el caso de que su solicitud de asilo sólo tuviera por objeto demorar o frustrar la ejecución de la decisión de retorno. Hago constar, sin embargo, que esta sugerencia no figura en el texto actual de la Propuesta de 1 de junio de 2011, ni *a fortiori* en el Derecho positivo.

26 — Un nacional de un tercer Estado en situación irregular que ha presentado una solicitud de asilo podría ser internado en su caso con arreglo, por ejemplo, a normas penales nacionales si es sospechoso de haber cometido o si ha cometido un delito. Véase la sentencia El Dridi, antes citada, apartados 53 a 55 y la jurisprudencia citada.

69. En mi opinión, se infiere directamente de mi respuesta a la primera cuestión que, si no hay abuso de derecho, debe ponerse fin al internamiento de un nacional de un país tercero con arreglo a las disposiciones de la Directiva sobre el retorno, cuando éste presente una solicitud de asilo y mientras el procedimiento relativo a dicha solicitud esté todavía pendiente. La Directiva sobre el retorno deja de ser aplicable, al menos temporalmente, en este supuesto. Además, se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/9 que los solicitantes de asilo pueden, en principio, circular libremente por el territorio del Estado miembro de acogida o dentro de una zona que les haya asignado dicho Estado miembro.

70. Antes de abordar la cuestión del abuso de derecho, procede examinar si un nacional de un país tercero que ha presentado una solicitud de asilo puede ser internado o mantenido en régimen de internamiento con arreglo a otras disposiciones jurídicas, a saber, el marco normativo en materia de asilo.

71. Si bien es cierto que la situación del interesado ya no se rige en principio por la Directiva sobre el retorno sino por las normas en materia de asilo, según el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 2003/9, los Estados miembros podrán confinar a un solicitante de asilo en un lugar determinado de conformidad con su legislación nacional, cuando ello resulte necesario, por ejemplo por motivos jurídicos o de orden público.<sup>27</sup> Es evidente que esta disposición no impone a los Estados miembros la adopción de normas nacionales relativas al internamiento de los solicitantes de asilo, sino que les deja la posibilidad de establecer normas a estos efectos. Asimismo, pese a la referencia general a «motivos jurídicos o de orden público», no existe una armonización sobre los criterios específicos para internar a un solicitante de asilo.

72. Así pues, el solicitante de asilo sólo puede ser internado si el Derecho nacional en materia de asilo prevé esta posibilidad<sup>28</sup> y define sus condiciones. Dicho esto, conforme al artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2005/85, los Estados miembros no mantendrán a una persona detenida por la única razón de que sea un solicitante de asilo y, según el apartado 2 del citado artículo, cuando se mantenga detenido a un solicitante de asilo, los Estados miembros velarán por que exista la posibilidad de una revisión judicial rápida.

73. Si bien es cierto que el internamiento a efectos de expulsión que regula la Directiva sobre el retorno y el internamiento ordenado contra un solicitante de asilo están sujetos a regímenes jurídicos distintos,<sup>29</sup> considero que, con objeto de que no sean inoperantes las normas nacionales adoptadas con arreglo al artículo 7, apartado 3, de la Directiva 2003/9 siguiendo el razonamiento del Tribunal de Justicia en su sentencia *Achughbabian*,<sup>30</sup> las autoridades nacionales deben disponer de un breve plazo, que se limitará a lo estrictamente necesario, para adoptar una decisión de internamiento del interesado sobre la base de las disposiciones nacionales en materia de asilo,<sup>31</sup> antes de poner fin a su internamiento en virtud de la Directiva sobre el retorno.

74. Queda por analizar la cuestión del eventual abuso de derecho.

27 — Véase la sentencia *Kadzoev*, antes citada, apartado 42. Conviene destacar que según el artículo 2, letra k), de la Directiva 2003/9, el «internamiento» se define como «el confinamiento de un solicitante de asilo por un Estado miembro en un lugar determinado donde se priva al solicitante de la libertad de circulación». Sin embargo, aun cuando se trata en todo caso de una privación de libertad, «el internamiento a efectos de la expulsión, regulado por la Directiva [sobre el retorno], y la detención de un solicitante de asilo, en especial en virtud de las Directivas 2003/9 y 2005/85 y de las disposiciones nacionales aplicables, están sujetos a regímenes jurídicos diferentes» (véase la sentencia *Kadzoev*, antes citada, apartado 45). Además, «el período durante el que una persona ha permanecido en un centro de internamiento temporal, con fundamento en una decisión adoptada en virtud de las disposiciones nacionales y comunitarias relativas a los solicitantes de asilo, no debe considerarse como un internamiento a efectos de la expulsión en el sentido del artículo 15 de la Directiva [sobre el retorno]» (véase la sentencia *Kadzoev*, antes citada, apartado 48).

28 — A falta de disposiciones nacionales, lo que a mi juicio sucede en la República Checa, un Estado miembro no puede basarse directamente en el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 2003/9 para internar a un solicitante de asilo. Véase por analogía la sentencia de 5 de julio de 2007, *Kofoed* (C-321/05, Rec. p. I-5795), apartados 42 y 45.

29 — Véase la sentencia *Kadzoev*, antes citada, apartado 45.

30 — Sentencia de 6 de diciembre de 2011 (C-329/11, Rec. p. I-12695), apartados 30 y 31.

31 — Adoptadas con arreglo al artículo 7, apartado 3, de la Directiva 2003/9.

75. Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los justiciables no pueden prevalerse de manera fraudulenta o abusiva de las normas jurídicas del Derecho de la Unión y que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles, en su caso, el beneficio de las disposiciones de dicho Derecho. No obstante, al apreciar este comportamiento los mencionados órganos jurisdiccionales deben tomar en consideración igualmente los objetivos perseguidos por las disposiciones del Derecho de la Unión controvertidas.<sup>32</sup>

76. La constatación de que se trata de una práctica abusiva exige, por un lado, que concurran una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa. Requiere, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional acreditar la existencia de estos dos elementos, cuya prueba debe aportarse de conformidad con las normas del Derecho nacional, siempre que ello no menoscabe la eficacia del Derecho de la Unión.<sup>33</sup>

77. Según el primer considerando de la Directiva 2005/85, la política común en el ámbito del asilo ha sido establecida para quienes, impulsados por las circunstancias, busquen «legítimamente» protección en la Unión.<sup>34</sup> Es evidente que una simple solicitud de asilo de un nacional de un país tercero en régimen de internamiento conforme a la Directiva sobre el retorno no puede, por sí sola, generar una presunción de abuso del derecho de asilo, pese a que ese internamiento es en sí excepcional y está sujeto a criterios muy estrictos.<sup>35</sup> Dado que está en juego la libertad<sup>36</sup> del interesado, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán examinar escrupulosamente las circunstancias individuales y específicas de cada caso, con el fin de diferenciar entre «invocar una posibilidad prevista por la ley y el abuso de derecho».<sup>37</sup>

78. En este examen, el órgano jurisdiccional remitente podrá tomar en consideración los elementos siguientes de los autos:

- las anteriores entradas irregulares del Sr. Arslan en el territorio de varios Estados miembros sin que conste una solicitud de asilo;
- el hecho de que el interesado haya indicado claramente que, al solicitar asilo, tenía la intención de que se interrumpiera su internamiento demostrando que, por la utilización de todos los recursos suspensivos que le pudiera ofrecer el procedimiento de solicitud de asilo, su internamiento

32 — Véanse las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459), apartados 24 y 25, y de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00, Rec. p. I-10829), apartado 42.

33 — Véase en este sentido la sentencia de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Rec. p. I-11569), apartados 52 a 54.

34 — El Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (DO L 50, p. 1), así como las Directivas 2003/9 y 2004/83 «hacen referencia, en su primer considerando, al hecho de que una política común en el ámbito del asilo, incluido un sistema europeo común de asilo, es uno de los elementos constitutivos del objetivo de la Unión de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a los que, impulsados por las circunstancias, busquen *legítimamente* protección en la Comunidad» (el subrayado es mío). Véase la sentencia de 21 de diciembre de 2011, N. S. y otros (C-411/10 y C-493/10, Rec. p. I-13905), apartado 14.

35 — Véase el punto 60 *supra*.

36 — La posibilidad de que un Estado miembro someta a internamiento, en ciertas condiciones, a un solicitante de asilo ha sido reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia Saadi c. Reino Unido de 29 de enero de 2008. En ese asunto, la Gran Sala del Tribunal interpretó, en particular, el artículo 5, apartado 1, letra f), primera parte, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que prevé una excepción al derecho a la libertad «si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio [...]».

37 — Véase el punto 127 de las conclusiones de la Abogado General Sharpston presentadas en el asunto Comisión/Países Bajos (sentencia de 14 de junio de 2012, C-542/09). Véanse también las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto Kofoed, antes citado, punto 58.

superaría necesariamente el plazo máximo autorizado en Derecho nacional, lo que haría desaparecer desde un principio cualquier perspectiva razonable de que culminara el procedimiento de expulsión, y

- el hecho de que después de su liberación el Sr. Arslan haya desaparecido inmediatamente y que, según cabe deducir de las observaciones realizadas en la vista por el Gobierno checo, no haya continuado el procedimiento de solicitud de asilo.

79. En caso de abuso del derecho de asilo, si bien el interesado puede permanecer en régimen de internamiento conforme a la Directiva sobre el retorno y pueden continuar los preparativos para su expulsión, han de cumplirse las condiciones estrictas de que la expulsión no sea ejecutada mientras no concluya el procedimiento de asilo, se aplique el principio de no devolución en todo su rigor y sea examinada y tramitada la solicitud de asilo según todas las normas establecidas, en particular por la Directiva 2005/85 respetando todas las garantías conferidas a los solicitantes de asilo al respecto. Ello supone asimismo que el mantenimiento del internamiento sobre la base de la Directiva sobre el retorno debe respetar todas las garantías previstas en los artículos 15 a 18 de dicha Directiva, incluidas las relativas a la duración máxima del internamiento.<sup>38</sup>

80. Hay que señalar asimismo que los Estados miembros disponen de la facultad de aplicar un procedimiento acelerado o prioritario a las solicitudes de asilo con arreglo al artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2005/85 si concurren ciertos requisitos.<sup>39</sup>

81. Habida cuenta de todo lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la segunda cuestión prejudicial:

- debe ponerse fin al internamiento de un nacional de un país tercero basado en las disposiciones de la Directiva sobre el retorno, cuando éste presente una solicitud de asilo y mientras esté pendiente el procedimiento relativo a dicha solicitud;
- el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 2003/9 permite a un Estado miembro prever, en su Derecho nacional en materia de asilo, la posibilidad de confinar a un solicitante de asilo en un lugar determinado, cuando ello resulte necesario, por ejemplo por motivos jurídicos o de orden público. En este supuesto, la autoridad nacional dispone de un breve plazo, limitado a lo estrictamente necesario, para adoptar una decisión de internamiento del interesado sobre la base de las disposiciones nacionales en materia de asilo, antes de poner fin a su internamiento basado en la Directiva sobre el retorno, y
- en caso de abuso del derecho de asilo, es decir, cuando existan indicios claros y concordantes de instrumentalización del marco normativo relativo a la concesión del derecho de asilo con el fin de hacer inoperante la aplicación de la Directiva sobre el retorno, podrá mantenerse al interesado en régimen de internamiento conforme a dicha Directiva y podrán continuar todos los preparativos para su expulsión, siempre que la expulsión no sea ejecutada mientras no concluya el procedimiento de asilo, se aplique el principio de no devolución en todo su rigor y sea examinada

38 — Véase el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva sobre el retorno, acerca de la duración máxima del internamiento, así como el apartado 57 de la sentencia Kadzoev, antes citada, en donde el Tribunal de Justicia interpretó en sentido estricto estas disposiciones y declaró que «el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva [de retorno] debe interpretarse en el sentido de que el período durante el que la ejecución de la orden de expulsión administrativa en la frontera ha estado suspendida, a causa de un procedimiento de recurso jurisdiccional interpuesto por el interesado contra dicha orden, se computa para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión cuando durante dicho procedimiento el interesado ha permanecido en un centro de internamiento temporal». Los Estados miembros están facultados para adoptar disposiciones más favorables relativas a la duración máxima del internamiento. Véase en este sentido el artículo 4 y el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva sobre el retorno. Procede recordar que, según los autos en poder del Tribunal de Justicia, la República Checa no ha utilizado la posibilidad ofrecida por el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva sobre el retorno de establecer una duración máxima de 18 meses para el internamiento, sino que ha previsto una duración más breve, a saber, un máximo total de 180 días.

39 — En cuanto a las circunstancias de que se trata en el litigio principal, considero que, en casos similares, las autoridades nacionales podrían invocar en su caso lo dispuesto en el artículo 23, apartado 4, letras g), j) y l), de la Directiva 2005/85 para aplicar un procedimiento acelerado o prioritario a las solicitudes de asilo.

y tramitada la solicitud de asilo según todas las normas establecidas, en particular por la Directiva 2005/85 respetando todas las garantías conferidas a los solicitantes de asilo al respecto. Ello supone asimismo que el mantenimiento del internamiento sobre la base de la Directiva sobre el retorno debe respetar todas las garantías previstas en los artículos 15 a 18 de dicha Directiva, incluidas las relativas a la duración máxima del internamiento.

## VI. Conclusión

82. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la manera siguiente a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Nejvyšší správní soud:

- «– salvo en caso de abuso de derecho, la 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, deja de ser aplicable a un nacional de un país tercero que ha presentado una solicitud de asilo, mientras el procedimiento relativo a dicha solicitud esté pendiente. Por tanto, debe ponerse fin al internamiento de un nacional de un país tercero basado en las disposiciones de la Directiva 2008/115 desde que éste presente una solicitud de asilo y mientras que el procedimiento relativo a dicha solicitud esté pendiente;
- el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, permite a un Estado miembro prever, en su Derecho nacional en materia de asilo, la posibilidad de confinar a un solicitante de asilo en un lugar determinado, cuando ello resulte necesario, por ejemplo por motivos jurídicos o de orden público. En este supuesto, la autoridad nacional dispone de un breve plazo, limitado a lo estrictamente necesario, para adoptar una decisión de internamiento sobre la base de las disposiciones nacionales en materia de asilo, antes de poner fin al internamiento basado en la Directiva 2008/115, y
- en caso de abuso del derecho de asilo, es decir, cuando existan indicios claros y concordantes de instrumentalización del marco normativo relativo a la concesión del derecho de asilo con el fin de hacer inoperante la aplicación de la Directiva 2008/115, podrá mantenerse al interesado en régimen de internamiento conforme a dicha Directiva y podrán continuar todos los preparativos para su expulsión, siempre que la expulsión no sea ejecutada mientras no concluya el procedimiento de asilo, se aplique el principio de no devolución en todo su rigor y sea examinada y tramitada la solicitud de asilo según todas las normas establecidas, en particular por la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, respetando todas las garantías conferidas a los solicitantes de asilo al respecto. Ello supone asimismo que el mantenimiento del internamiento sobre la base de la Directiva 2008/115 debe respetar todas las garantías previstas en los artículos 15 a 18 de dicha Directiva, incluidas las relativas a la duración máxima del internamiento.»