



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. MACIEJ SZPUNAR  
presentadas el 20 de octubre de 2020<sup>1</sup>

## Asunto C-673/19

M,  
A,  
**Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,**  
**partes coadyuvantes:**  
**Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,**  
T

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State (Consejo de Estado, Países Bajos)]

«Procedimiento prejudicial — Controles en las fronteras, asilo e inmigración — Directiva 2008/115/CE — Retorno de nacionales de países terceros en situación irregular — Internamiento a efectos de expulsión — Protección internacional en otro Estado Miembro — Inexistencia de decisión de retorno»

1. La presente petición de decisión prejudicial, planteada por el Raad van State (Consejo de Estado, Países Bajos) brinda al Tribunal de Justicia la ocasión de precisar si las disposiciones de la Directiva 2008/115/CE<sup>2</sup> se oponen al internamiento de nacionales de terceros países en situación irregular con vistas a su traslado a otro Estado miembro en el que gozan de protección internacional. Propondré al Tribunal de Justicia que, si bien un Estado miembro puede, en principio, recurrir al internamiento en tales circunstancias, debe hacerlo respetando los objetivos de la Directiva 2008/115 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

## Marco jurídico

### *Derecho de la Unión*

2. La finalidad de la Directiva 2008/115, que se define en su artículo 1, titulado «Objeto», es establecer normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos.

<sup>1</sup> Lengua original: inglés.

<sup>2</sup> Directiva 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 (DO 2008, L 348, p. 98).

3. El artículo 2 de la Directiva 2008/115, rubricado «Ámbito de aplicación», establece:

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

2. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países:

- a) a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, [<sup>3</sup>] o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro;
- b) que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición.»

3. La presente Directiva no se aplicará a los beneficiarios del derecho comunitario a la libre circulación, con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen.»

4. A tenor del artículo 3 («Definiciones») de la Directiva 2008/115:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

- 3) “retorno” el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a:
  - su país de origen, o
  - un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u
  - otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido;
- 4) “decisión de retorno” una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno».

5. El artículo 4 de la Directiva 2008/115 se ocupa de las «Disposiciones más favorables»: Según su apartado tercero, esta «se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva».

3 Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO 2006, L 105, p. 1).

6. El artículo 5 de la Directiva 2008/115, rubricado «No devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud», es del siguiente tenor:

«Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:

- a) el interés superior del niño,
- b) la vida familiar,
- c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate,

y respetarán el principio de no devolución.»

7. En virtud del artículo 6 de esta misma Directiva, titulado «Decisión de retorno»:

«1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5.

2. A los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1.

[...]»

8. El artículo 15 de la Directiva 2008/115, titulado «Internamiento», establece:

«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 solo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión.

2. El internamiento será ordenado por las autoridades administrativas o judiciales.

El internamiento será ordenado por escrito indicando los fundamentos de hecho y de derecho.

Cuando el internamiento haya sido ordenado por una autoridad administrativa, los Estados miembros:

- a) establecerán un control judicial rápido de la legalidad del internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápidamente posible desde el comienzo del internamiento, o

- b) concederán al nacional de un tercer país de que se trate el derecho de incoar un procedimiento para que se someta a control judicial rápido la legalidad de su internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápidamente posible desde la incoación del procedimiento. En este caso, los Estados miembros informarán inmediatamente al nacional de un tercer país de que se trate sobre la posibilidad de incoar dicho procedimiento.

El nacional de un tercer país de que se trate será puesto en libertad inmediatamente si el internamiento es ilegal.

3. En todos los casos, se revisará la medida de internamiento a intervalos razonables cuando así lo solicite el nacional de un tercer país de que se trate o de oficio. En caso de períodos de internamiento prolongados, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de una autoridad judicial.

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 solo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un período 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.»

### ***Derecho neerlandés***

#### *Vreemdelingenwet*

9. Con arreglo al artículo 59, apartado 2, de la *Vreemdelingenwet* 2000 (Ley de Extranjería de 2000) de 23 de noviembre de 2000 (Stb 2000, n.º 495), en su versión modificada con efectos a partir del 31 de diciembre de 2011 para transponer la Directiva 2008/115 (en lo sucesivo, «Vw»), se considerará que el interés del orden público exige el internamiento del extranjero si los documentos necesarios para proceder al retorno están disponibles o lo estarán en un breve plazo, salvo en caso de que el ciudadano extranjero haya estado en posesión de permiso residencia legal conforme a lo previsto en el artículo 8a a 8e y en el artículo 1, de la Vw.

10. En virtud del artículo 62a, apartado 1, letra b), de la Vw, el ministro informará por escrito a aquellos extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro y no dispongan o hayan dejado de disponer de residencia legal, de la obligación de abandonar los Países Bajos voluntariamente así como del plazo de que disponen para acatar dicha obligación, salvo en caso de que el extranjero sea titular de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro.

11. El artículo 62a, apartado 3, de la Vw precisa que se ordenará el retorno inmediato de los extranjeros a que se refiere su apartado 1, letra b), al territorio del Estado miembro de que se trate. En caso de incumplirse dicha orden, o de que fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se dictará contra ellos una decisión de retorno.

12. En virtud del artículo 63, apartados 1 y 2, de la Vw, los extranjeros sin derecho a residencia legal en los Países Bajos que no hayan abandonado voluntariamente su territorio dentro del plazo establecido por la Vw podrán ser expulsados, correspondiendo la competencia de la expulsión al ministro.

13. De acuerdo con el artículo 106 de la Vw, en caso de ordenar un tribunal el levantamiento de una medida de privación de libertad, o de que dicha medida ya se hubiese levantado con anterioridad a tener lugar la revisión de la solicitud de su levantamiento, el tribunal podrá conceder al extranjero una indemnización con cargo al Estado. También se le indemnizarán los perjuicios que no tengan carácter económico. Esta disposición se aplicará *mutatis mutandis* en caso de que la Sección de lo Contencioso-Administrativo del Raad van State (Consejo de Estado) ordene el levantamiento de la medida de privación de libertad.

#### *Vreemdelingencirculaire 2000*

14. En virtud del apartado A3/2 de la Vreemdelingencirculaire 2000 (Circular sobre Extranjería de 2000), de aplicación hasta el 1 de enero de 2019, si la decisión de retorno es contraria a las obligaciones internacionales (la prohibición devolución de extranjeros), el funcionario responsable del control fronterizo o de extranjería se abstendrá de dictar dicha decisión.

#### **Hechos, procedimiento y cuestión prejudicial**

15. M, A y T, nacionales de terceros países, presentaron en los Países Bajos sendas solicitudes de protección internacional. El Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Secretario de Estado de Justicia y Seguridad, en lo sucesivo, «Staatssecretaris») declaró la inadmisibilidad de estas solicitudes mediante resoluciones de 28 de febrero, 9 de octubre y 13 de junio de 2018, respectivamente, puesto que esos extranjeros ya disfrutaban de un estatuto de refugiado en vigor en Bulgaria, España y Alemania, respectivamente.

16. En estas resoluciones, el Staatssecretaris exigió a los extranjeros interesados, en virtud del artículo 62a, apartado 3, de la Ley de Extranjería de 2000 (mediante el cual se ha transpuesto al Derecho neerlandés el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2008/115), su salida inmediata con destino al territorio del Estado miembro en que disfrutaban de protección internacional y, a tal respecto, señaló que corrían el riesgo de ser expulsados en caso de no cumplir esta exigencia. Los extranjeros no cumplieron esta exigencia. A continuación, el Staatssecretaris ordenó su internamiento, el 28 de septiembre, el 22 de noviembre y el 25 de octubre de 2018, respectivamente, en virtud del artículo 59, apartado 2, de la Vw, con el fin de garantizar su salida con destino a los Estados miembros en cuestión.

17. M, A y T interpusieron sendos recursos ante el Rechtbank Den Haag (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, Países Bajos). En sus recursos alegaron, entre otras cosas, que la medida de internamiento era ilegal, dado que no se había dictado una decisión de retorno.

18. El Rechtbank Den Haag declaró en los asuntos concernientes a M y A que el Staatssecretaris había procedido legalmente a su internamiento en virtud del artículo 59, apartado 2, de la Vw aun sin haber dictado previamente ninguna decisión de retorno. En opinión del mencionado órgano jurisdiccional, no se requiere una decisión de retorno para una medida de internamiento basada en el artículo 59, apartado 2, de la Vw. Por consiguiente, declaró infundados sus recursos.

19. En cambio, en el asunto que concierne a T, el Rechtbank Den Haag declaró, entre otras cosas, que no estaba claro si el artículo 59 de la Vw ofrece una base jurídica para el internamiento de nacionales de terceros países con el fin de garantizar su salida con destino a otro Estado miembro. En su opinión, ello resulta posible únicamente si se atribuye al concepto de «retorno» recogido en el artículo 59, apartado 2, de la Vw un significado distinto del que tiene en el resto del artículo 59. Según el mencionado órgano jurisdiccional, no se ha puesto de manifiesto que el legislador pretendiera tal cosa al transponer la Directiva 2008/115 mediante el artículo 59 de la Vw, por lo que debía optarse por una interpretación restrictiva del concepto de «retorno» en el sentido de la Vw que se coheriera con la definición de dicho concepto en esta Directiva. Además, el Staatssecretaris no presentó determinados documentos dentro de plazo ni tampoco de forma completa ante el Rechtbank Den Haag. Por consiguiente, estimó que el internamiento de T fue ilegal desde el momento en que se ordenó.

20. M y A interpusieron recursos de apelación ante el tribunal remitente y lo mismo hizo el Staatssecretaris en el procedimiento seguido contra T.

21. El tribunal remitente ha señalado que la controversia debatida en el litigio principal se refiere únicamente al posible derecho a indemnización de M, A y T por los perjuicios ocasionados con motivo de su internamiento, y ha señalado además que la resolución de dicha controversia depende de si la Directiva 2008/115 se opone o no a que el Staatssecretaris ordene el internamiento de los nacionales de terceros países, como los interesados en el litigio principal, basándose en lo dispuesto en el artículo 59, apartado 2, de la Vw con vistas a garantizar su traslado a otro Estado miembro, sin haberse dictado una decisión de retorno con arreglo al artículo 62a, apartado 3, de la Vw.

22. En estas circunstancias, el Raad van State (Consejo de Estado, Países Bajos) decidió suspender el procedimiento y, mediante resolución de 4 de septiembre de 2019, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 11 de septiembre de 2019, planteó la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Se opone la Directiva 2008/115 [...], en particular sus artículos 3, 4, 6 y 15, a que un extranjero que disfruta de protección internacional en otro Estado miembro [...] sea internado en virtud de la legislación nacional, debido al hecho de que con ese internamiento se persigue la expulsión a ese otro Estado miembro y, por tal motivo, en primer lugar se ordenó la salida con destino al territorio de dicho Estado miembro pero, a continuación, no se dictó ninguna decisión de retorno?»

23. Han presentado observaciones escritas M, T, los Gobiernos de Estonia, los Países Bajos y Polonia, así como la Comisión Europea. En la vista que tuvo lugar el 9 de julio de 2020 presentaron alegaciones orales M, T, el Gobierno de los Países Bajos y la Comisión Europea.

## **Apreciación**

24. Mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente solicita, en esencia, que se dilucide si los artículos 3, 4, 6 y 15 de la Directiva 2008/115 se oponen al internamiento por un Estado miembro, en virtud de la legislación nacional, de un nacional de un tercer país en situación irregular que disfruta de protección internacional en otro Estado miembro, cuando con ese internamiento se persigue el traslado del nacional de un tercer país en cuestión a ese otro Estado miembro y cuando se había ordenado a ese nacional de un tercer país la salida inmediata con destino al territorio de ese otro Estado miembro en, pero no se había dictado una decisión de retorno con arreglo a la Directiva 2008/115.

25. Al proponer mi respuesta a la cuestión prejudicial, examinaré en primer lugar si la Directiva 2008/115 resulta aplicable a situaciones como las descritas por el tribunal remitente. Mi conclusión es que sí lo es. Posteriormente me ocuparé de la cuestión relativa a las obligaciones generales de los Estados miembros con arreglo a la Directiva 2008/115, antes de abordar sus obligaciones específicas en lo que atañe al internamiento de un nacional de un tercer país en virtud de la misma Directiva.

### ***Sobre la aplicabilidad de la Directiva 2008/115***

26. De acuerdo con su artículo 2, apartado 1, la Directiva 2008/115 es de aplicación a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro.

27. El tribunal remitente hace constar que los tres nacionales de terceros países de que se trata disfrutaban de protección internacional, cada uno en un Estado miembro distinto, de modo que gozan de un derecho de estancia en el Estado miembro respectivo que les ha otorgado la protección internacional.

28. El órgano jurisdiccional remitente hace constar asimismo que los tres nacionales de terceros países mencionados se hallan en situación irregular en el territorio de los Países Bajos. Al no haberse regularizado allí su estancia, tampoco resultan aplicables las excepciones establecidas en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2008/115.

29. Por consiguiente, la situación de los tres nacionales de terceros países de que se trata está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, por lo que, en principio, están sujetos a las normas y los procedimientos comunes establecidos por esta Directiva.

### ***Obligaciones generales de los Estados miembros derivadas de la Directiva 2008/115***

30. Así pues, se plantea la cuestión relativa a las obligaciones que impone la Directiva 2008/115, en particular, en el caso del Reino de los Países Bajos; concretamente, si dicho Estado miembro estaba obligado a dictar una decisión de retorno en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115.

### ***Interpretación literal y sistemática del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2008/115***

31. Con arreglo al artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2008/115, se exigirá a los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115.

32. Dado que los tres nacionales de terceros países de que se trata disfrutaban de protección internacional, cada uno en otro Estado miembro, gozan de derecho de estancia en el otro Estado Miembro en cuestión. El Reino de los Países Bajos les instó a abandonar su territorio con destino a los otros Estados miembros, pero los interesados desobedecieron las respectivas órdenes.

33. En tal situación, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115 obliga al Estado miembro a dictar una decisión de retorno; sin embargo, como me dispongo a explicar a continuación, jurídicamente el Reino de los Países Bajos no podía dictar tal decisión.

34. Por «retorno» se entiende el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país a: 1) su país de origen, 2) un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión de la Unión o bilaterales o de otro tipo, o 3) otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido.<sup>4</sup>

35. Al no haber un país de tránsito (2) ni otro tercer país al que decidieran volver voluntariamente las personas interesadas (3), la única alternativa que permitía la Directiva era el retorno a los países de origen.

36. No obstante, el tribunal remitente hace constar que no era posible dictar la decisión de retorno a los países de origen, puesto que ello habría infringido el principio de no devolución. En efecto, como indica su artículo 5, los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de no devolución al aplicar la Directiva 2008/115, principio que, además, garantizan los artículos 18 y 19, apartado 2, de la Carta.

37. Cabe, por lo tanto, concluir en este punto que, aun cuando el presente litigio está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, el Reino de los Países Bajos no estaba obligado, a tenor de su artículo 6, apartado 1, a dictar una decisión de retorno.<sup>5</sup>

38. Esta interpretación está en consonancia con las observaciones presentadas por los intervinientes en el procedimiento, y es, al parecer, la postura mayoría de la doctrina.<sup>6</sup>

#### *Interpretación teleológica del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2008/115*

39. Sin embargo, el artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 2008/115 puede interpretarse de forma distinta.

40. En caso de que el nacional de un tercer país no cumpla la exigencia de partir con destino al territorio del otro Estado Miembro de forma inmediata, la plena eficacia del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2008/115 se garantizaría mejor, al parecer, si se dictara una *decisión de retorno con destino a otro Estado miembro*. Con ello se reforzaría el procedimiento establecido en el artículo 6, apartado 2, de la Directiva y, además, se modificaría el sentido de la definición del término «retorno» del artículo 3, apartado 3, de la Directiva en relación con determinadas situaciones concretas.

41. Este procedimiento tendría la enorme ventaja de la claridad y la facilidad de su aplicación en la práctica. Se habría dictado una decisión de retorno con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, con lo que podrían aplicarse sin obstáculos todas las disposiciones de la Directiva relativas a este procedimiento, incluidas, en particular, las que atañen al internamiento (artículo 15).

42. El «Manual de Retorno» de la Comisión, que pese a no ser vinculante sí resulta muy instructivo, se orienta, en mi opinión, en ese sentido cuando afirma que «[s]i un nacional de un tercer país no está de acuerdo en regresar voluntariamente, de conformidad con el artículo 6, apartado 2, al Estado miembro que ha expedido el permiso del que es titular, es de aplicación el artículo 6, apartado 1, y se debe

4 Véase el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2008/115.

5 Evidentemente, si dejasen de concurrir los requisitos para la no devolución de extranjeros, desde ese momento, vuelve a estar vigente la obligación de dictar una decisión de retorno conforme al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115.

6 Véase, por ejemplo, Lutz, F., «Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals», en Hailbronner, K., y Thym, D. (ed.), *EU immigration and asylum law — a commentary*, 2.ª edición, 2016, C. H. Beck, Hart, Nomos, Munich, Oxford, Baden-Baden, artículo 6, punto 13, en p. 689.



adoptar una decisión de retorno que disponga el retorno directo a un tercer país. *No es posible trasladar a la persona al otro Estado miembro por la fuerza, salvo que [...] en determinadas circunstancias, cuando el retorno o la expulsión a un tercer país no sea posible y el Estado miembro que haya dictado el permiso acceda a hacerse cargo de la persona de que se trate.»*<sup>7</sup>

43. Del pasaje que acabo de citar se desprende, en primer lugar, que no está claro si este procedimiento es obligatorio u opcional para el Estado miembro; y, en segundo lugar, que la Comisión no aclara si este procedimiento tendría lugar con arreglo al artículo 6 de la Directiva 2008/115 (lo que resultaría contrario al tenor de su artículo 3, apartado 3) o si se regiría por el Derecho nacional.

44. Es decir, teniendo en cuenta lo anterior, debo añadir unas palabras de cautela: por atractivo que pueda parecer este planteamiento, me resulta difícil conciliar la postura de la Comisión con el tenor meridiano del artículo 3, apartado 3: es decir, que el retorno se refiere al retorno al país de origen.<sup>8</sup> Por otra parte, albergo serias dudas de que la adopción de un «procedimiento de retorno entre los Estados miembros» refleje la voluntad del legislador. Además, se plantearía la cuestión de si tal interpretación sería válida únicamente en el caso de asuntos como el controvertido en el litigio principal, en el que no se permite a un Estado Miembro dictar una decisión de retorno a un tercer país por la intervención del principio de no devolución, o si se aplicaría también a todos los supuestos comprendidos en el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2008/115, es decir, cuando el nacional de un tercer país sea titular de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro.<sup>9</sup>

45. Por esta razón no propongo al Tribunal de Justicia que siga la interpretación que acabo de exponer, y prefiero ceñirme al tenor del artículo 3, apartado 3, y al artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 2008/115, y reafirmarme en mi propuesta planteada en los puntos 31 a 38 anteriores.

***Obligaciones específicas establecidas en la Directiva 2008/115: ¿internamiento con vistas al traslado de un nacional de un tercer país a otro Estado miembro?***

46. Queda pues pendiente la cuestión de si los preceptos de la Directiva 2008/115 se oponen a que el Reino de los Países Bajos disponga el internamiento de los nacionales de que se trata con vistas a su traslado al Estado miembro en el que disfrutan de protección internacional.

***Posibilidad de internamiento***

47. En la Directiva 2008/115 es su artículo 15 el que se ocupa del internamiento. Esta disposición establece de forma pormenorizada las condiciones en que los Estados miembros pueden recurrir al internamiento de un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno *a fin de preparar el retorno* o de llevar a cabo el proceso de expulsión.

<sup>7</sup> Véase la Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno (DO 2017, L 339, p. 83, punto 5.4). El subrayado es mío.

<sup>8</sup> El país de origen, un país de tránsito u otro tercer país adecuado, como se especifica en el precepto arriba citado.

<sup>9</sup> Si se aplicase también un «procedimiento de retorno entre los Estados miembros» a esta última situación, en la práctica, un Estado miembro (Estado miembro A) que concediese voluntariamente un permiso de residencia válido u otra autorización decidiría efectivamente si, en una situación en la que la persona en cuestión se ha trasladado a otro Estado miembro (Estado miembro B), ese Estado miembro B podría iniciar posteriormente un procedimiento de «retorno» al Estado miembro A o al país de origen, lo que podría dar lugar a una interpretación y una aplicación de la Directiva no uniformes, y alterar el régimen que pretende establecer, que consiste en el retorno de los nacionales de terceros países a sus Estados de origen.

48. Sin embargo, este precepto no es aplicable al caso de autos, al no existir un procedimiento de retorno: cabe reiterar que el Reino de los Países Bajos se limitó a trasladar a los nacionales de terceros países a un Estado miembro, y no ordenó su retorno a su país de origen fuera de la Unión.

49. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido dos situaciones en las que la Directiva 2008/115 no se opone a la privación de libertad de un nacional de un tercer país basada en la irregularidad de su situación, con independencia de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2008/115,<sup>10</sup> en concreto, cuando se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en la Directiva 2008/115 y el nacional se halle (todavía) en situación irregular en dicho territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno («situación Achughbabian»)<sup>11</sup> y cuando se haya aplicado el procedimiento de retorno y la persona afectada entre de nuevo en el territorio de este Estado miembro infringiendo una prohibición de entrada («situación Celaj»)<sup>12 13</sup>.

50. Ninguna de las situaciones descritas en el punto anterior puede aplicarse al presente asunto. Tanto en una como en otra situación, Achughbabian y Celaj, el Estado Miembro en cuestión ya había aplicado el procedimiento de retorno, aunque sin resultados en el caso de Achughbabian. En el caso de autos, sin embargo, el Reino de los Países Bajos (de forma correcta) no ha aplicado un procedimiento de retorno, sino de traslado a otro Estado miembro.

51. Me costaría aceptar que, en semejante situación, si bien se encuentra comprendida en el ámbito general de aplicación de la Directiva 2008/115, pese a no estar sometida plenamente a la aplicación de todas sus disposiciones, un Estado miembro no pudiese, por principio, internar a un nacional de un tercer país, siempre, claro está, con sujeción a determinadas condiciones.<sup>14</sup>

52. A mi entender, la Directiva 2008/115 no se opone, en principio y de forma categórica, al internamiento de los afectados que sean nacionales de terceros países.

### *Condiciones del internamiento*

53. En lo que respecta a las condiciones del internamiento, dado que, como ya ha quedado acreditado anteriormente, el caso de autos está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 (a tenor de lo previsto en su artículo 2), cualquier medida de internamiento que pretenda imponer un Estado miembro deberá respetar el *objetivo* de la Directiva y sus *principios*.<sup>15</sup>

54. Se desprende del artículo 1 de la Directiva 2008/115, así como de sus considerandos 2 y 24, que la política de retorno que establece respetará plenamente los derechos humanos y la dignidad de los nacionales de terceros países de que se trate. Asimismo, la Directiva respetará asimismo los derechos fundamentales y los principios reconocidos, en particular, en la Carta.

10 Los dos asuntos de que aquí se trata se referían a casos de imposición de una pena de prisión conforme al Derecho penal, aunque eso no es pertinente en el presente asunto.

11 Véase la sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 50 y primer guion del fallo.

12 Véase la sentencia de 1 de octubre de 2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640), apartado 33 y el fallo.

13 La motivación en este sentido del Tribunal de Justicia es que la Directiva 2008/115 solo versa sobre el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran en situación irregular en un Estado miembro y, por lo tanto, no tiene por objeto armonizar totalmente las normas nacionales en materia de residencia de extranjeros; véase la sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 28. Además, la Directiva 2008/115 no se opone a una detención con objeto de determinar el carácter regular o irregular de la situación de un nacional de un tercer país; véase la sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 29.

14 Tanto desde la perspectiva del Estado miembro como desde la del nacional de un tercer país, el traslado a otro Estado miembro en el que el nacional de un tercer país incluso disfruta de protección internacional es menos brusco que un procedimiento de retorno a un país tercero.

15 Lo mismo sucedería en el caso de una situación «Achughbabian». En este caso, el Tribunal de Justicia precisó también que el internamiento debe tener lugar «respetando los principios de la citada Directiva y su objetivo»; véase la sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 46.

55. Como ya he señalado en otra ocasión, la Directiva pretende garantizar el equilibrio entre los derechos e intereses de los Estados miembros relativos al control de la entrada, estancia y expulsión de los extranjeros y los derechos individuales de las personas afectadas.<sup>16</sup> En lo que respecta a estas últimas, la Directiva 2008/115 debe tomar en consideración la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia del derecho a la libertad y las «Veinte directrices sobre el retorno forzoso», que adoptó el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo de 2005,<sup>17</sup> y que menciona la Directiva 2008/115 en su considerando 3.<sup>18</sup>

56. También he señalado anteriormente que una disposición nacional que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 acarrea la aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta y debe respetar los principios generales del Derecho de la Unión, incluidos los derechos fundamentales consagrados en la Carta.<sup>19</sup>

57. El artículo 52, apartado 1, de la Carta estipula que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades y el principio de proporcionalidad. En la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a los derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), el artículo 52, apartado 3, de la Carta establece que su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, precisando, al mismo tiempo, que el Derecho de la Unión puede conceder una protección más extensa. A efectos de la interpretación del artículo 6 de la Carta, se debe tener en cuenta al artículo 5 del CEDH como nivel mínimo de protección.<sup>20</sup>

58. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda privación de libertad debe ser legal, no solo en el sentido de que tenga una justificación legal en el Derecho nacional, sino también en el sentido de que dicha legalidad se refiere al rigor jurídico de la ley, lo que implica que, si una ley nacional autoriza la privación de libertad, debe ser suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad.<sup>21</sup>

59. Basándome en estas conclusiones, puedo formular las observaciones siguientes.

60. Un Estado Miembro que pretende trasladar a un nacional de un tercer país en situación irregular a otro Estado miembro en el que su estancia ha dejado de ser ilegal contribuye sin duda al logro no solo de los objetivos de la Directiva 2008/115, sino, además, a los de la política general de la Unión en materia de asilo e inmigración.

61. A continuación, es preciso examinar la cuestión de si el Estado Miembro de que se trata respeta los derechos fundamentales del afectado que es nacional de un tercer país. Dado que el artículo 15 de la Directiva 2008/115, a pesar de que, como ya se ha indicado anteriormente, no es aplicable al caso de autos, pretende tener en cuenta e incorporar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en relación

16 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Direktor na Direktsia «Migratsia» pri Ministerstvo na vatrešnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936), punto 45.

17 Véase Comité de Ministros, documento CM(2005) 40 final.

18 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Direktor na Direktsia «Migratsia» pri Ministerstvo na vatrešnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936), punto 45.

19 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto JZ (Pena de prisión en caso de prohibición de entrada) (C-806/18, EU:C:2020:307), punto 45.

20 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto JZ (Pena de prisión en caso de prohibición de entrada) (C-806/18, EU:C:2020:307), punto 46.

21 Véase, en ese sentido, la sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2013, Del Río Prada/España (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009), apartado 125.

con el artículo 5 del CEDH, que es el equivalente a efectos prácticos del artículo 6 de la Carta,<sup>22</sup> es posible basarse en el tenor de este precepto como fuente de inspiración, en la medida en que el citado artículo 15 de la Directiva protege los derechos fundamentales y los intereses de la persona sujeta al posible internamiento.<sup>23</sup>

62. El internamiento solo puede utilizarse a efectos del procedimiento de traslado al otro Estado miembro. Solo puede aplicarse como instrumento de último recurso, es decir, cuando haya riesgo de fuga o el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte el procedimiento de traslado. Además, cualquier internamiento será lo más corto posible y solo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión.

63. Esto implica que una medida de internamiento solo puede ordenarse caso por caso y tomando en consideración la conducta individual de la persona de que se trate.

64. Además, deben ordenarla las autoridades administrativas o judiciales por escrito, indicando los fundamentos de hecho y de derecho. La medida de internamiento debe examinarse periódicamente y, en caso de períodos de internamiento prolongados, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de una autoridad judicial.

65. Corresponde al tribunal remitente analizar la compatibilidad de las disposiciones nacionales en cuestión con los derechos fundamentales, basándose en la Carta, interpretada conjuntamente con el CEDH, incluyendo la jurisprudencia antes citada.

66. Si el tribunal remitente concluye que se han cumplido estos principios, podrá estimarse que el internamiento es legal, en la medida en que no contravenga la Directiva 2008/115.

## Conclusión

67. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a la cuestión prejudicial planteada por el Raad van State (Consejo de Estado, Países Bajos):

«Los artículos 3, 4, 6 y 15 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, no se oponen a que un Estado miembro, en virtud del Derecho nacional, ordene el internamiento, de un nacional de un tercer país en situación irregular que disfruta de protección internacional en otro Estado miembro, cuando con ese internamiento se persigue el traslado del nacional de un tercer país en cuestión con destino a ese otro Estado Miembro, y cuando a dicho nacional de un tercer país se le ha ordenado la salida inmediata con destino al territorio de ese otro Estado Miembro, pero no se ha dictado una decisión de retorno en el sentido de lo dispuesto en la Directiva 2008/115, siempre que se cumpla lo dispuesto en los artículos 6 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.»

22 Véase, en este sentido, la sentencia de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 43. Véanse también mi Opinión presentada en el asunto Direktor na Direktsia «Migratsia» pri Ministerstvo na vateshnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936), punto 2, incluida la nota 3.

23 Es preciso poner de relieve que esto no implica de ningún modo la aplicación por analogía del artículo 15 de la Directiva 2008/115, sino que debe atenderse en este caso al ejercicio de equilibrio del legislador de la Unión entre los intereses del Estado (retorno/expulsión) y los derechos fundamentales del nacional de un tercer país.