Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JEAN RICHARD DE LA TOUR
presentadas el 2 de junio de 2022 [1]

Asunto C-241/21

I. L.
contra
Politsei- ja Piirivalveamet

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Riigikohus (Tribunal Supremo, Estonia)]

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2008/115/CE — Retorno de nacionales de terceros países en situación irregular — Artículo 15, apartado 1 — Internamiento a efectos de un procedimiento de expulsión — Motivos — Adición — Supuesto riesgo de comisión de un delito cuya investigación y sanción pueden dificultar sustancialmente la ejecución de la expulsión»

I. Introducción

1. La cuestión prejudicial planteada por el Riigikohus (Tribunal Supremo, Estonia) versa sobre la interpretación del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE. [2]

2. Esta petición fue presentada en el marco de un recurso interpuesto por I. L., nacional moldavo que es objeto de una orden de abandonar el territorio estonio emitida por la Politsei- ja Piirivalveamet (Autoridad de Policía y Guardia de Fronteras, Estonia; en lo sucesivo, «PPA»), contra la decisión de internarlo a efectos de su expulsión. I. L. impugna la legalidad del motivo formulado en dicha decisión según el cual, si permanece en libertad antes de su expulsión, existe un riesgo real de que cometa un delito cuya investigación judicial y sanción podrían dificultar sustancialmente el proceso de expulsión.

3. En las presentes conclusiones, expondré las razones por las que considero que los Estados miembros no están autorizados para mantener internado a un nacional de un tercer país en situación irregular sobre la base del objetivo de garantizar la eficacia del procedimiento de retorno previsto en la Directiva 2008/115 y de justificar dicho internamiento por el riesgo de que tal procedimiento se dilate en el tiempo a causa de la probable comisión de hechos punibles.

[1] Lengua original: francés.

[2] 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).

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. El artículo 3, punto 7, de la Directiva 2008/115 define el riesgo de fuga como «la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse».

5. El artículo 15, apartado 1, que forma parte del capítulo IV de dicha Directiva, titulado «Internamiento a efectos de expulsión», dispone:

«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.»

B. Derecho estonio

6. El artículo 6[8] de la väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus (Ley relativa a la Obligación de Salir del País y a la Prohibición de Entrada),[3] de 21 de octubre de 1998, titulado «Riesgo de fuga del extranjero», tiene el siguiente tenor:

«La emisión de una orden de salir del territorio o el internamiento de un extranjero darán lugar a una evaluación de su riesgo de fuga. Se entenderá que el extranjero presenta riesgo de fuga cuando:

1) no ha salido de Estonia o de un Estado miembro del Acuerdo de Schengen tras la expiración del plazo de salida voluntario previsto en la orden de salir del territorio;

2) ha proporcionado información falsa o documentos falsificados al presentar una solicitud de permiso de residencia en Estonia, de ampliación de dicho permiso, de obtención de la nacionalidad estonia, de protección internacional o de obtención de documentos de identidad;

3) existen dudas legítimas en cuanto a su identidad o su nacionalidad;

4) ha cometido varias infracciones dolosas o un delito por los que ha sido condenado a una pena privativa de libertad;

[3] RT I 1998, 98, 1575; en lo sucesivo, «VSS». La versión aplicable al litigio principal es la de 27 de junio de 2020 (RT I, 17.06.2020, 3), en vigor hasta el 14 de julio de 2021.

5) no ha respetado las medidas de vigilancia adoptadas contra él para garantizar el cumplimiento de la orden de salir del territorio;

6) ha informado a la [PPA] o a la Kaitsepolitseiamet (Agencia de Seguridad Interior, Estonia) de su intención de no respetar la orden de salir del territorio, o la autoridad administrativa ha llegado a esta conclusión debido a la actitud y la conducta del extranjero;

7) ha entrado en Estonia estando sujeto a una prohibición de entrada vigente;

8) ha sido internado debido al cruce ilegal de la frontera exterior de Estonia y no ha obtenido un permiso o derecho de residencia en Estonia;

9) ha salido sin permiso del lugar de residencia designado o de otro Estado miembro del Acuerdo de Schengen;

10) la orden de salir del territorio adoptada contra el extranjero adquiere fuerza ejecutiva en virtud de una resolución judicial.»

7. El artículo 7^2 de la VSS, titulado «Fijación del plazo de ejecución de la orden de salir del territorio», establece:

«[…]

(2) La orden de salir del territorio podrá ejecutarse inmediatamente, sin necesidad de fijar un plazo de salida voluntaria, cuando:

1) el extranjero presente riesgo de fuga;

[…]

4) el extranjero represente un peligro para el orden público o la seguridad nacional;

[…]».

8. Con arreglo al artículo 7^3, apartado 2, de la VSS, «la ejecución forzosa de la orden de salir del territorio emitida contra el extranjero conllevará su internamiento y su expulsión de Estonia».

9. El artículo 15 de la VSS, titulado «Internamiento del extranjero y procedimiento de expulsión», está redactado en estos términos:

«(1) El extranjero podrá ser internado con arreglo al apartado 2 siguiente cuando las medidas de vigilancia previstas en la presente Ley no puedan aplicarse con eficacia. El internamiento deberá observar el principio de proporcionalidad y tener en cuenta, en cada caso, las circunstancias pertinentes relativas al extranjero.

(2) El extranjero podrá ser internado cuando la aplicación de las medidas de vigilancia previstas en la presente Ley no garantice la ejecución efectiva de la orden de salir del territorio y, en particular, cuando:

1) el extranjero presente riesgo de fuga;

2) el extranjero no cumpla su obligación de cooperación, o

3) el extranjero no disponga de la documentación necesaria para el viaje de vuelta o se dilate la obtención de dicha documentación en el país de acogida o de tránsito.

[…]»

III. Hechos del litigio principal y cuestión prejudicial

10. I. L., nacional moldavo nacido en 1993 en Rusia, se encontraba en Estonia en virtud de una exención de visado. El 12 de octubre de 2020, fue detenido como sospechoso de causar dolor físico y lesiones a su pareja y a otra mujer.

11. Mediante sentencia de 13 de octubre de 2020, el Harju Maakohus (Tribunal de Primera Instancia de Harjumaa, Estonia) condenó a I. L. por los hechos que se le imputaban, calificados de maltrato físico en el sentido del Código Penal estonio, y no de amenazas, de los que había sido víctima su pareja. Dicho tribunal impuso a I. L. una pena de prisión de un año, un mes y veintiocho días, con un período de suspensión de ejecución de la pena de dos años, y ordenó su puesta en libertad inmediata.

12. El mismo día, la PPA puso fin anticipadamente a la estancia de I. L., y ordenó, en la sede del Harju Maakohus (Tribunal de Primera Instancia de Harjumaa), el internamiento de I. L., de conformidad con el artículo 15, apartado 2, punto 1, de la VSS.

13. Esta decisión tuvo en cuenta la actitud de I. L. ante el delito cometido y su conducta tras la condena, lo que hacía suponer que el interesado podría tratar de eludir la expulsión a pesar de su promesa de salir voluntariamente del país y de su solicitud de que se ordenase su salida voluntaria.

14. El 13 de octubre de 2020, la PPA volvió a emitir contra I. L. una orden para que abandonara inmediatamente Estonia, ejecutable en virtud del artículo 7^2, apartados 1 y 4, de la VSS, puesto que se encontraba en el país en situación irregular.

15. Mediante auto de 15 de octubre de 2020 por el que se estimaban las pretensiones de la PPA, el Tallinna Halduskohus (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Tallin, Estonia) autorizó el internamiento de I. L. hasta su expulsión, que debía producirse el 15 de diciembre de 2020 a más tardar. El 23 de noviembre de 2020, I. L. fue expulsado de la República de Estonia a Moldavia.

16. La resolución de internamiento fue confirmada mediante auto de 2 de diciembre de 2020 del Tallinna Ringkonnakohus (Tribunal de Apelación de Tallin, Estonia), que se pronunció sobre el recurso interpuesto por I. L., por el que solicitaba la anulación del primer auto y su puesta en libertad.

17. El órgano jurisdiccional remitente, que examina el recurso de casación interpuesto contra este último auto y por el que se solicita que este sea anulado y que se declare ilegal el internamiento del interesado, considera, en primer lugar, que el internamiento no podía justificarse por el riesgo de fuga de I. L., sobre la base del artículo 15, apartado 2, punto 1, de la VSS. Recuerda que los criterios para determinar la existencia de tal riesgo se enuncian de manera exhaustiva en el artículo 6^8 de dicha Ley y deben examinarse teniendo en cuenta las características de cada caso concreto. Pues bien, dicho órgano jurisdiccional considera que en el presente asunto no concurrían los

requisitos de aplicación de los criterios que se enuncian en los puntos 1 a 4 este artículo. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente declara que, cuando se autorizó el internamiento, no se habían adoptado, por un lado, una orden escrita de salir del territorio que estableciera un plazo de salida voluntaria para el interesado y, por otro, una condena penal firme.

18. Dicho órgano jurisdiccional precisa, además, que el artículo 6[8], punto 6, de la VSS también resulta inaplicable debido a que la intención de no respetar un acto administrativo no puede deducirse automáticamente de las declaraciones efectuadas por el interesado durante la audiencia, en el procedimiento de adopción de la orden de salir del territorio, a menos que existan otras circunstancias que sugieran que existe un riesgo de que eluda la expulsión. El riesgo de fuga tampoco resulta del deseo expresado por el interesado en la vista ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de recuperar las pertenencias que conservaba su pareja y de percibir el salario que le adeudaba su empresario.

19. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que no puede excluirse que la situación en cuestión pueda ajustarse, por ejemplo, al motivo contemplado en el artículo 15, apartado 1, letra b), de la Directiva 2008/115, que no ha sido transpuesto con la misma formulación en los puntos 2 y 3 del artículo 15, apartado 2, de la VSS, si bien los derechos del interesado no pueden limitarse directamente sobre la base de dicha Directiva, aun cuando tenga efecto directo.

20. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente estima que la legalidad del internamiento de I. L. depende de la interpretación que se haga del artículo 15, apartado 2, de la VSS, que recoge, en los puntos 1 a 3, la enumeración de los motivos que justifican tal internamiento, precedida de la expresión «especialmente cuando». Al considerar, atendiendo a esta formulación, que se trata de una lista de motivos con carácter ejemplificativo, este órgano jurisdiccional estima que el internamiento de I. L. podría basarse en la cláusula general prevista en el artículo 15, apartado 2, de la VSS. Así pues, este internamiento se justificaría por el hecho de que la «ejecución efectiva de la orden de salir del territorio» correría peligro. La legalidad de esta medida debería apreciarse también de conformidad con los principios enunciados en el apartado 1 de dicho artículo.

21. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente señala que, a la vista de la proximidad temporal de los hechos del presente asunto y de la naturaleza del delito cometido por I. L., había motivos suficientes para suponer que este podría volver a intentar resolver el conflicto surgido con su pareja de hecho. En consecuencia, según dicho órgano jurisdiccional, existía un riesgo real de que I. L., estando en libertad, cometiera un delito antes de ser expulsado. Pues bien, la declaración y la sanción, mediante una resolución judicial, de tal delito y, en su caso, la ejecución de la pena impuesta podían retrasar por tiempo indefinido la expulsión y, por tanto, dificultar sustancialmente que esta se llevase a cabo. Además, dadas las circunstancias personales y materiales de I. L., las medidas de vigilancia previstas en el artículo 10, apartado 2, de la VSS no permitían garantizar con igual eficacia la ejecución de la expulsión.

22. Sin embargo, dado que el artículo 15 de la VSS pretende transponer el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas en cuanto a su interpretación, dado que el Tribunal de Justicia todavía no se ha pronunciado sobre si debe cumplirse uno de los requisitos previstos por dicha disposición o si el objetivo de garantizar la ejecución efectiva de la expulsión basta para justificar el internamiento cuando existe un riesgo real de que el interesado cometa un delito que pueda dificultar sustancialmente que se lleve a cabo la expulsión.

23. En estas circunstancias, el Riigikohus (Tribunal Supremo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 15, apartado 1, primera frase, de la [Directiva 2008/115] en el sentido de que los Estados miembros pueden internar a un nacional de un tercer país respecto del cual exista un riesgo real de que, estando en libertad, cometa un delito antes de la expulsión, cuya investigación y sanción puedan dificultar sustancialmente que se lleve a cabo la expulsión?»

24. Han presentado observaciones escritas los Gobiernos estonio y español, así como la Comisión Europea. Estas partes también formularon sus observaciones orales en la vista que se celebró el 17 de marzo de 2022.

IV. Análisis

25. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que el internamiento de un nacional de un tercer país en situación irregular puede estar justificado por la existencia de un riesgo real de que este cometa un delito que pueda poner en riesgo la ejecución efectiva de su expulsión.

26. Esta cuestión resulta de la constatación por el órgano jurisdiccional remitente de que la situación en cuestión en el litigio principal no permite invocar, para justificar el internamiento del interesado, el motivo del riesgo de fuga previsto por la VSS.

27. Dadas las observaciones escritas formuladas a este respecto por los Gobiernos estonio [4] y español, [5] he de recordar, por un lado, que no corresponde al Tribunal de Justicia cuestionar la apreciación de los hechos y la interpretación de la legislación nacional efectuadas por el órgano jurisdiccional remitente. [6]

28. Por otro lado, el debate tampoco puede versar sobre la aplicación del artículo 15, apartado 1, letra b), de la Directiva 2008/115, dado que el principio de seguridad jurídica se opone a que las directivas puedan por sí solas crear obligaciones a cargo de un particular. [7] Una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicho particular. [8] Sin embargo, tal consideración debe entenderse sin perjuicio de la obligación de todas las autoridades de un Estado miembro de interpretar el Derecho nacional, a la hora de aplicarlo, en la medida de lo posible, a la luz del texto y de la finalidad de las directivas para conseguir el resultado perseguido por ellas, de suerte que dichas autoridades puedan invocar frente a los particulares una interpretación conforme del Derecho nacional. [9]

4 El Gobierno estonio considera que la resolución del órgano jurisdiccional remitente no está justificada en cuanto a la ausencia de riesgo de fuga del interesado.

5 El Gobierno español estima que el motivo contemplado en el artículo 15, apartado 1, letra b), de la Directiva 2008/115 daría efectivamente cabida a un internamiento en un supuesto como el controvertido.

6 Véase la sentencia de 10 de junio de 2021, Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) (C-303/20, EU:C:2021:479), apartado 25.

7 Véase, por el contrario, respecto del artículo 16, apartado 1, primera frase, de esta Directiva, la sentencia de 10 de marzo de 2022, Landkreis Gifhorn (C-519/20, en lo sucesivo «sentencia Landkreis Gifhorn», EU:C:2022:178), apartado 100.

8 Véanse las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84), apartado 48, y de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartado 108.

9 Véanse las sentencias de 5 de julio de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408) apartados 42 y 45 y jurisprudencia citada, y de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartados 114 y 115.

29. Pues bien, por las razones relativas al alcance del artículo 15, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/115, que voy a exponer, los Estados miembros deben definir de forma precisa los motivos que justifican el internamiento, coincidan o no con los previstos por dicha Directiva.

A. Sobre el carácter exhaustivo o no de los motivos de internamiento previstos en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115

30. Considero, al igual que todas las partes que han presentado observaciones, que el tenor literal de esta disposición exige considerar que la Directiva 2008/115 recoge, a modo de ejemplo, los motivos que permiten el internamiento de una persona que es objeto de un procedimiento de retorno. Estos motivos incluyen el riesgo de fuga o el hecho de evitar o dificultar la preparación del retorno o el proceso de expulsión. A mi juicio, basta señalar que la expresión «especialmente» precede a la enumeración del artículo 15, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva,[10] e indica claramente que la lista de dichos motivos no es limitativa.

31. La elección del legislador de la Unión se justifica por la finalidad de la Directiva 2008/115, que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.[11]

32. Este análisis del alcance del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115 es acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación del artículo 8, apartado 3, párrafo primero, de la Directiva 2013/33/UE,[12] según la cual cada uno de los motivos que pueden justificar el internamiento de un solicitante de protección internacional, enumerados con carácter exhaustivo en dicha disposición, responde a una necesidad específica y reviste un carácter autónomo.[13]

33. Sucede lo mismo con el artículo 28, apartados 1 y 2, del Reglamento (UE) n.º 604/2013,[14] que prevé un motivo único de internamiento, a saber, la existencia de un riesgo considerable de huida de la persona en cuestión.[15]

34. Por consiguiente, los Estados miembros pueden basarse en motivos de internamiento distintos de los previstos en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115 y definir sus criterios de aplicación, siempre que cumplan los objetivos perseguidos por dicha Directiva.

[10] Sobre la concordancia de otras versiones lingüísticas con la versión en lengua estonia, véanse, en particular, las versiones en lengua alemana, española, italiana, polaca e inglesa, las cuales he podido comprobar. Véase, asimismo, 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; en lo sucesivo, «Manual de Retorno»), en particular p. 140, apartado 14.1, párrafos primero y segundo], según la cual «estas dos situaciones concretas [previstas en el artículo 15, apartado 1, letras a) y b) de la Directiva 2008/115] cubren los principales supuestos que se encuentran en la práctica y que justifican el internamiento con el fin de preparar el retorno y llevar a cabo el proceso de expulsión».

[11] Véase la sentencia de 24 de febrero de 2021, M y otros (Traslado a un Estado miembro) (C-673/19, EU:C:2021:127), apartado 28.

[12] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DO 2013, L 180, p. 96).

[13] Véase la sentencia de 17 de diciembre de 2020, Comisión/Hungría (Acogida de los solicitantes de protección internacional) (C-808/18, EU:C:2020:1029), apartado 168 y jurisprudencia citada.

[14] Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DO 2013, L 180, p. 31), también denominado «Reglamento Dublín III».

[15] Véase la sentencia de 13 de septiembre de 2017, Khir Amayry (C-60/16, EU:C:2017:675), apartado 25. El Tribunal de Justicia ha recordado que los Estados miembros no pueden internar a una persona, para garantizar los procedimientos de traslado, debido únicamente a que dicha persona es objeto del procedimiento establecido por ese Reglamento.

35. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha recordado en numerosas ocasiones que dicha Directiva tiene por objeto establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, respetando plenamente los derechos fundamentales y la dignidad de las personas afectadas. [16]

36. El Tribunal de Justicia ha señalado asimismo que las disposiciones del capítulo IV de la misma Directiva regulan estrictamente todo internamiento comprendido en el ámbito de aplicación de esta, con el fin de garantizar, por una parte, el respeto del principio de proporcionalidad por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos, y, por otra, el respeto de los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países. [17]

37. Este es el contexto en el que el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, al Tribunal de Justicia sobre la conformidad con el artículo 15, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2008/115 de una normativa nacional que se limita, para fundamentar un internamiento, a enunciar el objetivo de garantizar la ejecución efectiva de una orden de salir del territorio, sin prever, por lo demás, unos criterios precisos.

B. Sobre la determinación de los motivos de internamiento por cada Estado miembro

38. A falta de precisiones en la Directiva 2008/115 en cuanto a los límites en los que los Estados miembros pueden añadir motivos de internamiento a los enunciados en el artículo 15, apartado 1, de esta Directiva, o adaptar estos últimos, la respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente se deriva de una interpretación teleológica de esta disposición, que permite determinar los principios aplicables y sus condiciones de aplicación.

39. En mi opinión, varios principios deben guiar la elección de los Estados miembros. En primer término, la obligación, expresada al principio del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115, de aplicar primordialmente medidas menos coercitivas traduce la voluntad del legislador de la Unión, recogida en el considerando 16 de esta Directiva, de limitar estrictamente el recurso al internamiento. [18] A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el orden de desarrollo de las fases del procedimiento de retorno regulado por la Directiva 2008/115 corresponde a una graduación de las medidas que han de tomarse para la ejecución de la decisión de retorno, graduación que va desde la medida que más libertad permite al interesado, a saber, la concesión de un plazo para su salida voluntaria, hasta las medidas coercitivas que más la restringen, a saber, el internamiento en un centro especializado, debiendo garantizarse en todas esas fases el respeto del principio de proporcionalidad». [19]

[16] Véanse, en particular, la sentencia Landkreis Gifhorn, apartado 39, y mis conclusiones presentadas el 3 de marzo de 2022 en el asunto Sofiyska rayonna prokuratura y otros (Juicio de un acusado expulsado del territorio) (C-420/20, EU:C:2022:157), puntos 80 y 81.

[17] Véase la sentencia Landkreis Gifhorn, apartado 40.

[18] En cuanto al principio según el cual el internamiento es una medida de último recurso, véanse las referencias europeas recordadas en mis conclusiones presentadas en el asunto Landkreis Gifhorn (C-519/20, EU:C:2021:958), punto 34. Véase asimismo el anexo de la Resolución 73/195 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 19 de diciembre de 2018, titulada «Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular», también denominada «Pacto de Marrakech sobre la Migración», que insta a los Estados a «utilizar la detención de migrantes solo como último recurso y buscar otras alternativas» (objetivo 13).

[19] Sentencia de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 41. Véase asimismo la sentencia de 17 de diciembre de 2020, Comisión/Hungría (Acogida de los solicitantes de protección internacional) (C-808/18, EU:C:2020:1029), apartado 248 y jurisprudencia citada.

40. Por tanto, únicamente en el supuesto de que la ejecución de la decisión de retorno en forma de expulsión pueda verse dificultada por el comportamiento del interesado, tras una apreciación de cada situación específica, los Estados miembros podrán privar de libertad a ese último mediante un internamiento [20] y deberán fundarse en criterios objetivos. [21]

41. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha señalado que, «cuando se ordena a efectos de la expulsión, el internamiento de un nacional de un tercer país en situación irregular solo está destinado a garantizar la efectividad del procedimiento de retorno y no persigue ninguna finalidad punitiva». [22]

42. En segundo término, la grave injerencia que supone la decisión de internamiento en el derecho a la libertad, consagrado en el artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, [23] está supeditada a que se respeten unas garantías estrictas, a saber, la existencia de una base legal, la claridad, la previsibilidad, la accesibilidad y la protección contra las arbitrariedades. [24] De este modo, la aplicación de una medida de privación de libertad, para ser conforme a estas exigencias, habrá de carecer de cualquier elemento de mala fe o de engaño de parte de las autoridades. [25]

43. El Tribunal de Justicia ha declarado, en relación con el riesgo de fuga, que los criterios objetivos que el Derecho nacional debe definir para permitir a las autoridades en cuestión apreciar la existencia de tal riesgo ofrecen las garantías necesarias, al prever el ejercicio de esta facultad de apreciación dentro de unos límites establecidos de antemano. Por tanto, es preciso que tales criterios estén claramente definidos por un acto de contenido obligatorio y de aplicación previsible. [26]

44. En tercer término, el Tribunal de Justicia señaló, en la sentencia de 30 de noviembre de 2009, Kadzoev, [27] que la posibilidad de poner en situación de internamiento a una persona por razones de orden público y de seguridad pública no puede tener fundamento en la Directiva 2008/115. [28]

45. Ciertamente, como ha señalado el Gobierno estonio, esta interpretación se realizó en un caso particular relativo a la duración de la detención a falta de una perspectiva razonable de expulsión de la persona que hace desaparecer la causa del internamiento. No obstante, la decisión de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de excluir tales motivos se formuló en términos generales. Tal

[20] Véase la sentencia Landkreis Gifhorn, apartado 37 y jurisprudencia citada.

[21] Véase la sentencia de 2 de julio de 2020, Stadt Frankfurt am Main (C-18/19, EU:C:2020:511), apartado 38.

[22] Véase la sentencia Landkreis Gifhorn, apartado 38.

[23] Véase la sentencia Landkreis Gifhorn, apartado 41.

[24] Véanse las sentencias de 15 de marzo de 2017, Al Chodor (C-528/15, EU:C:2017:213), apartados 38 y 40, y de 17 de septiembre de 2020, JZ (Pena de prisión en caso de prohibición de entrada) (C-806/18, EU:C:2020:724), apartado 41, que constituye la sentencia más reciente en que se cita la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de octubre de 2013, Del Río Prada c. España (CE:ECHR:2013:1021JUD 004275009, párrafo 125), a la que el Tribunal de Justicia se refiere habitualmente. En cuanto a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia relativa al procedimiento de retorno de nacionales de terceros países en la que se recuerda la estricta regulación a que está sujeto el internamiento, con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los mismos, véanse, en particular, las sentencias de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 42; de 5 de junio de 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320), apartado 55; de 7 de junio de 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408), apartado 62, y Landkreis Gifhorn, apartado 40 y jurisprudencia citada.

[25] Véase, en particular, la sentencia de 15 de marzo de 2017, Al Chodor (C-528/15, EU:C:2017:213), apartado 39.

[26] Véase la sentencia de 15 de marzo de 2017, Al Chodor (C-528/15, EU:C:2017:213), apartados 41 y 42, donde se interpreta el concepto de «riesgo de fuga» sobre la base de la definición recogida en el artículo 2, letra n), del Reglamento n.º 604/2013, que remite al Derecho nacional para la definición de los criterios objetivos que indican la presencia de un riesgo de fuga. Su formulación es, en esencia, idéntica al de la definición que figura en el artículo 3, punto 7, de la Directiva 2008/115.

[27] C-357/09 PPU, EU:C:2009:741.

[28] Véase el apartado 70 de dicha sentencia.

decisión se basa en la estricta limitación del recurso a la privación de libertad de la persona, en consonancia con otras disposiciones de la Directiva 2008/115 que prevén un motivo basado en el orden público, a diferencia del artículo 15, apartado 1, de esta Directiva. [29]

46. En mi opinión, el marco general vinculante que acabo de recordar ya permite deducir que los Estados miembros pueden completar las disposiciones del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115 previendo otros motivos de internamiento definidos precisamente por la legislación, que se basan en elementos objetivos, concretos, reales y actuales. [30]

47. En mi opinión, estas exigencias probatorias pueden, por lo demás, deducirse de los motivos de internamiento previstos en el artículo 15, apartado 1, letra a), de la Directiva 2008/115, a saber, el riesgo de fuga, tal como se define en el artículo 3, punto 7, de dicha Directiva, y en el artículo 15, apartado 1, letra b), esto es, que la persona afectada «evite» o «dificulte» la preparación del retorno o el proceso de expulsión. Esta formulación exige que estos riesgos sean acreditados y declarados. En este sentido, a falta de elementos tangibles, no está previsto tomar en consideración la mera intención de la persona afectada.

48. En efecto, no es compatible con el principio de seguridad jurídica admitir que el internamiento de un nacional de un tercer país en situación irregular pueda decidirse sobre la base de motivos imprecisos, que no reposan en criterios objetivos, establecidos de antemano en un acto vinculante y previsible en su aplicación.

49. Por consiguiente, estoy de acuerdo con el análisis de la Comisión según el cual el artículo 15, apartado 2, primera frase, de la VSS no constituye una base legal suficiente para justificar el internamiento.

50. En efecto, esta disposición está redactada en los términos siguientes: «El extranjero podrá ser internado cuando la aplicación de las medidas de vigilancia previstas en la presente Ley *no garantice la ejecución efectiva de la orden de salir del territorio* y, en particular, cuando […]». [31] Esta referencia a la ausencia de una garantía de ejecución efectiva de la orden de salir del territorio no define, pues, un motivo concreto de internamiento, como el riesgo de fuga o la falta de cooperación del extranjero, que se enuncian a modo de ejemplo a continuación de esta frase, respectivamente en los puntos 1 y 2. Esta mención se limita a reproducir el requisito esencial del recurso a una medida de internamiento, que ya está recogido en el artículo 15, apartado 1, de la VSS, a saber, la falta de eficacia de las medidas de vigilancia a la vista de la ejecución del orden de internamiento.

51. Por otra parte, la existencia de un grave riesgo de que la persona afectada cometa un delito antes de su expulsión no puede reemplazar la imprecisión de este motivo general de internamiento.

[29] La Directiva 2008/115 se refiere expresamente a consideraciones de orden público o de seguridad nacional en los artículos 6, apartado 2, por lo que respecta a la decisión de retorno, 7, apartado 4, en lo tocante a los requisitos de denegación o reducción del plazo para la salida voluntaria [véase la sentencia de 11 de junio de 2015, Zh. y O. (C-554/13, EU:C:2015:377), apartados 50 a 52, 60 y 62)], y 11, apartados 2 y 3, en cuanto atañe a las prohibiciones de entrada.

[30] Véase, a este respecto, el Manual de Retorno, pp. 92 y 93, en el que se exponen los criterios que pueden indicar la existencia de un riesgo de fuga y se recuerda la facultad de que disponen los Estados miembros para disponer en la normativa nacional que determinadas circunstancias objetivas constituyen una presunción *iuris tantum*.

[31] El subrayado es mío.

52. Por un lado, tal criterio carece de base legal. No cabe admitir que el examen de cada caso concreto puede bastar para justificar el internamiento sobre la base del objetivo perseguido, como sugirió durante la vista oral el Gobierno español en apoyo de las alegaciones del Gobierno estonio, pues supondría añadir al artículo 15, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/115 un nuevo motivo de internamiento, sin observar la exigencia de seguridad jurídica. [32]

53. Por otro lado, el concepto de «*riesgo de comisión* de un delito» antes de la expulsión, que justificaría el internamiento, da lugar a muchos interrogantes.

54. En mi opinión, es preciso observar que la petición de decisión prejudicial no versa sobre un delito cometido o presuntamente cometido por la persona afectada, sino sobre un delito potencial. Se refiere, pues, a la probabilidad de comisión de un delito en un futuro próximo.

55. Este supuesto es muy diferente de los casos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en el contexto de procedimientos penales en curso, tanto en fase de instrucción como en fase de enjuiciamiento, en los que ha requerido, además, un alto grado de exigencia [33] y que presuponen que el delito ya ha sido cometido. Tal como concibo el supuesto previsto, tampoco se trata de establecer como criterio la existencia de actos preparatorios para la comisión de un delito o de indicios concretos de que la persona afectada representa un peligro importante para la vida e integridad física de otras personas o para bienes concretos. [34]

56. He de observar, en primer lugar, que el motivo invocado por las autoridades estonias no pretende evitar que el interesado eluda la medida de expulsión, sino simplemente que el proceso penal que se desarrolle tras la comisión del delito retrase o dificulte la ejecución de tal medida. [35] En efecto, en este supuesto, el interesado permanecerá bajo el control de las autoridades competentes. Asimismo, en mi opinión, es difícil —si no imposible— concebir que dicho interesado manifieste una intención de cometer un delito con el único objetivo de eludir su expulsión. También por este motivo considero que no puede acogerse la propuesta del Gobierno español, formulada en sus observaciones escritas, de aplicar al artículo 15, apartado 1, letra b), de la Directiva 2008/115.

57. En segundo lugar, no hay nada más subjetivo que el *riesgo* de transgresión de una norma social punible, al que pueden enfrentarse todas las personas, aun cuando se hubiera pronunciado o ejecutado una condena anterior. A mi parecer, el riesgo de comisión de un delito, o incluso de reincidencia, es de carácter hipotético y no puede resultar de elementos materiales, a diferencia,

[32] Si bien es cierto las decisiones de internamiento deben adoptarse de manera individualizada en función del comportamiento de la persona afectada, no lo es menos que han de fundarse en criterios objetivos. Véanse las sentencias de 14 de mayo de 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság (C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, EU:C:2020:367), apartado 274 y jurisprudencia citada, y Landkreis Gifhorn, apartado 37.

[33] Véase la sentencia de 11 de junio de 2015, Zh. y O. (C-554/13, EU:C:2015:377), apartados 50 a 52, 60 y 62, sobre la interpretación del artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2008/115, relativo a los requisitos de denegación o reducción del plazo para la salida voluntaria, tales como la existencia de un peligro para el orden público. El Tribunal de Justicia ha declarado que el concepto de «riesgo para el orden público» requiere, *aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley*, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (apartado 60). Ha precisado, además, que, para apreciar esta amenaza *en el caso de un nacional sospechoso de haber cometido un acto* tipificado como delito conforme al Derecho nacional *o que ha sido condenado penalmente por tal acto*, la naturaleza y la gravedad del acto, así como el tiempo transcurrido desde su comisión, figuran entre las circunstancias pertinentes a este respecto (apartado 62). Véase, asimismo, en relación con la exigencia de tal amenaza para justificar la ejecución del internamiento a efectos de expulsión en un centro penitenciario, la sentencia de 2 de julio de 2020, Stadt Frankfurt am Main (C-18/19, EU:C:2020:511), apartados 45 y 46.

[34] Véase, a modo de ejemplo, respecto de la probabilidad de cometer un atentado en la fase de la decisión de expulsión, la sentencia de 2 de julio de 2020, Stadt Frankfurt am Main (C-18/19, EU:C:2020:511), apartados 14 y 15.

[35] Esta lógica podría llevar a justificar un internamiento por otras causas recurrentes, tales como, por ejemplo, el riesgo de suicidio o cualquier otro riesgo grave para la salud previsible, lo que podría conducir al interesado a estar hospitalizado durante un período más o menos largo y retrasaría sistemáticamente su expulsión.

por ejemplo, del riesgo de fuga o de elusión de la expulsión. En mi opinión, efectuar una evaluación sobre la probabilidad del riesgo de comisión de un delito, como sugiere la Comisión en sus observaciones escritas, o basada en la gravedad del delito, como defendió en la vista el Gobierno español, no se adecua a las exigencias de seguridad jurídica ni, además, es operante si no se basa en criterios concretos y en indicios serios y concordantes.

58. Pues bien, al recopilar las observaciones orales presentadas en respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia relativas a la definición de criterios, también he podido constatar la dificultad de esbozar normas de alcance general. En estas circunstancias, la apreciación de la existencia de un peligro o grave riesgo de reincidencia, en la fase de expulsión, no compete, a mi juicio, a la autoridad encargada de la ejecución del retorno, sino a la encargada del desarrollo del procedimiento penal.

59. En tercer lugar, se impone una labor de vigilancia para evitar eludir la exclusión de una justificación basada en razones de orden público, aun cuando, por lo demás, esta evaluación se efectúa en el contexto de la decisión de conceder un plazo para la salida voluntaria. [36]

60. En el presente asunto, esto es lo que sucede en el caso de I. L. Su situación particular también ilustra la posible confusión entre los elementos útiles para el procedimiento de internamiento y los relativos al procedimiento penal. En efecto, la solicitud de internamiento se basó en las amenazas de muerte vertidas por I. L. contra su pareja, aunque I. L. no fue condenado por estos hechos. Además, no se ha precisado si el juez penal adoptó las medidas de prevención de la reincidencia en favor de la víctima.

61. A la luz de todo lo anterior, considero que la interpretación del artículo 15, apartado 2, de la VSS propuesta por el órgano jurisdiccional remitente, en la medida en que se basa en la constatación de la existencia de un grave riesgo de que un nacional de un tercer país cometa un delito antes de su expulsión, no es conforme con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115.

62. Tras haber oído las preocupaciones manifestadas por las partes durante la vista, he de ponderar plenamente los efectos, en la práctica, de tal análisis, basado en la exigencia de definir legalmente los criterios concretos cuando, a falta de decisión del juez penal que prevea o tenga como consecuencia el retorno del nacional del tercer país en cuestión, [37] podrían sucederse indefinidamente infracciones del Derecho penal. En mi opinión, los Estados miembros deberían poder superar tales dificultades recurriendo a un contexto penal y social.

63. A mi juicio, cabe concebir, por un lado, que, en el ámbito penal, las medidas de protección de la víctima o de la persona amenazada pueden tener un efecto disuasorio sobre el autor de delitos, especialmente en casos de violencia de género para los que existen mecanismos de prevención en muchos Estados miembros.

[36] Véanse los puntos 44 y 45 de las presentes conclusiones. Por otra parte, este aspecto de la cuestión fue previsto por la Comisión en el Manual de Retorno (p. 140, párrafo tercero). En él se precisa que «el propósito del artículo 15 [de la Directiva 2008/115] no es proteger a la sociedad de personas que constituyan una amenaza para el orden público o la seguridad pública. El objetivo legítimo de proteger a la sociedad debe alcanzarse en otros ámbitos legislativos, en particular el Derecho penal, el Derecho administrativo penal y la legislación que regula la finalización de la situación regular por motivos de orden público. […] Si la conducta que haya tenido anteriormente la persona de que se trate permite concluir que probablemente no actuará en cumplimiento de la ley y evitará el retorno, ello puede justificar la decisión de que existe riesgo de fuga».

[37] He de recordar, a este respecto, que, en virtud del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115, los Estados miembros pueden decidir no aplicar la Directiva a los nacionales de terceros países que estén sujetos a sanciones penales que prevean o tengan como consecuencia su retorno, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición. Durante la vista pública, el Gobierno estonio no indicó al Tribunal de Justicia que hubiera ejercido esta facultad.

64. Por el otro, estas medidas presentan, en general, la ventaja de combinarse con distintas modalidades de acompañamiento social, que constituyen alternativas al internamiento.[38] Además, esta organización podría garantizar que el procedimiento de expulsión se lleve a cabo respetando la dignidad de las personas afectadas[39] cuando, como en el presente asunto, manifiestan la necesidad de disponer de sus pertenencias personales y de percibir los salarios atrasados.

V. Conclusión

65. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial planteada por el Riigikohus (Tribunal Supremo, Estonia):

«El artículo 15, apartado 1, 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el internamiento de un nacional de un tercer país en situación irregular pueda basarse en la necesidad de garantizar la ejecución efectiva de la expulsión, a falta de una disposición legal que responda a las exigencias de claridad y previsibilidad, de accesibilidad y, en particular, de protección contra las arbitrariedades, y que prevea que dicho internamiento puede estar justificado por la necesidad de evitar la comisión de un delito.»

[38] Sin embargo, el Gobierno estonio no ha proporcionado información alguna en respuesta a la pregunta escrita formulada por el Tribunal de Justicia a este respecto. El órgano jurisdiccional remitente solo ha señalado que, «considerando las circunstancias que caracterizan a la persona del recurrente (edad, estado de salud), su conducta y sus relaciones (vínculo con Estonia, falta de domicilio fijo), no era posible garantizar con la misma eficacia mediante otras medidas de vigilancia el éxito de la expulsión (artículo 10, apartado 2, de la VSS)».

[39] Sobre esta exigencia, véanse el considerando 2 de la Directiva 2008/115 y, en particular, la sentencia Landkreis Gifhorn, apartado 39 y jurisprudencia citada.