

# RECOMENDACIONES

## 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**

LA COMISIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su artículo 292,

Considerando:

- (1) La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(1)</sup> establece normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.
- (2) Es necesario garantizar que dichas normas y procedimientos comunes se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros, motivo por el cual se estableció un «Manual de Retorno» común, que ofrece directrices comunes, mejores prácticas y recomendaciones para su uso por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno, mediante la Recomendación de la Comisión C(2015) 6250, de 1 de octubre de 2015 <sup>(2)</sup>. Como hay novedades en el ámbito del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, es preciso actualizar el Manual de Retorno.
- (3) La Recomendación de la Comisión C(2017) 1600, de 7 de marzo de 2017 <sup>(3)</sup>, proporciona orientaciones sobre la manera en que deben utilizarse las disposiciones de la Directiva 2008/115/CE para mejorar la eficacia de los procedimientos de retorno, y pide a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para eliminar los obstáculos legales y prácticos al retorno. El Manual de Retorno debe, por tanto, tener en cuenta dicha Recomendación.
- (4) El Manual de Retorno debe reflejar la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la Directiva 2008/115/CE.
- (5) El Manual de Retorno debe tener como destinatarios a todos los Estados sujetos a la Directiva 2008/115/CE.
- (6) A fin de potenciar la aplicación uniforme de las normas de retorno comunes a la Unión, el Manual de Retorno se utiliza como principal herramienta para realizar las tareas relacionadas con el retorno y con fines de formación.

HA ADOPTADO LA PRESENTE RECOMENDACIÓN:

1. El Manual de Retorno que figura en el anexo debe sustituir al Manual de Retorno que figura en el anexo a la Recomendación de la Comisión C(2015) 6250.
2. Los Estados miembros deben transmitir el Manual de Retorno a sus autoridades nacionales competentes para la realización de las tareas relacionadas con el retorno y dar instrucciones a dichas autoridades para que se utilice como herramienta principal en el desempeño de estas funciones.

<sup>(1)</sup> 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 (DO L 348 de 24.12.2008, p. 98).

<sup>(2)</sup> Recomendación de la Comisión C(2015) 6250, de 1 de octubre de 2015, 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.

<sup>(3)</sup> Recomendación de la Comisión C(2017) 1600, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

3. El Manual de Retorno deberá utilizarse para la formación del personal que participe en tareas relacionadas con el retorno, así como de los expertos que participen en el mecanismo de supervisión y evaluación establecido por el Reglamento (UE) n.º 1053/2013 del Consejo <sup>(1)</sup> para verificar la aplicación del acervo de Schengen en los Estados miembros.

Hecho en Bruselas, el 16 de noviembre de 2017.

*Por la Comisión*  
Dimitris AVRAMOPOULOS  
*Miembro de la Comisión*

---

<sup>(1)</sup> Reglamento (UE) n.º 1053/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo de Schengen, y se deroga la Decisión del Comité Ejecutivo, de 16 de septiembre de 1998, relativa a la creación de una Comisión permanente de evaluación y aplicación de Schengen (DO L 295 de 6.11.2013, p. 27).

## ANEXO

## MANUAL DE RETORNO

1.	DEFINICIONES .....	87
1.1.	Nacional de un tercer país .....	87
1.2.	Situación irregular .....	88
1.3.	Retorno .....	90
1.4.	Decisión de retorno .....	90
1.5.	Orden de expulsión .....	91
1.6.	Riesgo de fuga .....	91
1.7.	Salida voluntaria .....	93
1.8.	Personas vulnerables .....	94
2.	ÁMBITO DE APLICACIÓN .....	94
2.1.	Casos fronterizos — Artículo 2, apartado 2, letra a) .....	95
2.2.	Garantías especiales para los «casos fronterizos» .....	96
2.3.	Casos penales y de extradición .....	97
3.	DISPOSICIONES MÁS FAVORABLES .....	98
4.	SANCIÓNES PENALES POR INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE INMIGRACIÓN .....	98
5.	DETENCIÓN Y OBLIGACIÓN DE DICTAR UNA DECISIÓN DE RETORNO .....	100
5.1.	Detención en el curso de un control de salida .....	102
5.2.	Titulares de decisiones de retorno dictadas por otro Estado miembro .....	102
5.3.	Relación con las normas de Dublín .....	103
5.4.	Nacional de un tercer país en situación irregular titular de un derecho de estancia en otro Estado miembro .....	104
5.5.	Nacional de un tercer país en situación irregular cubierto por acuerdos bilaterales vigentes entre Estados miembros .....	106
5.6.	Nacional de un tercer país en situación irregular beneficiario de un permiso o autorización de carácter humanitario (u otro) .....	107
5.7.	Nacional de un tercer país en situación irregular sujeto a un procedimiento pendiente de renovación de un permiso o autorización .....	107
5.8.	Normas especiales de las directivas relativas a la migración regular sobre la readmisión entre Estados miembros en casos de movilidad intracomunitaria .....	108
6.	SALIDA VOLUNTARIA .....	108
6.1.	Prórroga del plazo de salida voluntaria .....	109
6.2.	Obligaciones en espera de la salida voluntaria .....	110
6.3.	Contraindicaciones .....	110
6.4.	Cumplimiento práctico – Tránsito por vía terrestre .....	111
6.5.	Cumplimiento práctico – Tránsito por vía aérea .....	112
6.6.	Registro de la salida voluntaria .....	113
7.	EXPULSIÓN .....	113
7.1.	Expulsión por vía aérea .....	115
7.2.	Tránsito por vía aérea .....	118
7.3.	Operaciones conjuntas de expulsión por vía aérea .....	118
7.4.	Operaciones conjuntas de expulsión coordinadas por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas .....	119
8.	CONTROL DEL RETORNO FORZOSO .....	119
9.	APLAZAMIENTO DE LA EXPULSIÓN .....	120

10.	RETORNO DE MENORES NO ACOMPAÑADOS .....	121
10.1.	Asistencia de los servicios pertinentes .....	122
10.2.	Entrega a un miembro de la familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados .....	123
11.	PROHIBICIONES DE ENTRADA .....	123
11.1.	Efecto a escala de la UE .....	124
11.2.	Utilización del SIS II .....	125
11.3.	Cuestiones de procedimiento .....	125
11.4.	Motivos para dictar prohibiciones de entrada .....	125
11.5.	Duración de las prohibiciones de entrada .....	126
11.6.	Revocación, reducción y suspensión de las prohibiciones de entrada .....	127
11.7.	Sanciones por incumplimiento de una prohibición de entrada .....	128
11.8.	Consulta entre Estados miembros .....	128
11.9.	Prohibiciones de entrada «históricas» .....	129
12.	GARANTÍAS PROCESALES .....	130
12.1.	Derecho a una buena administración y derecho a ser oído .....	130
12.2.	Decisiones relativas al retorno .....	131
12.3.	Forma de las decisiones y traducción .....	133
12.4.	Vías de recurso .....	134
12.5.	Asistencia lingüística y asistencia jurídica gratuita .....	135
13.	GARANTÍAS A LA ESPERA DEL RETORNO .....	137
13.1.	Confirmación escrita .....	138
13.2.	Situaciones de irregularidad prolongada .....	138
14.	INTERNAMIENTO .....	139
14.1.	Circunstancias que justifican el internamiento .....	139
14.2.	Forma y control inicial del internamiento .....	142
14.3.	Revisión regular del internamiento .....	142
14.4.	Finalización del internamiento .....	143
14.4.1.	Ausencia de perspectivas razonables de expulsión .....	144
14.4.2.	Expiración del período máximo de internamiento .....	144
14.5.	Reinternamiento de personas retornadas .....	146
14.6.	Aplicación de medidas menos coercitivas al término del internamiento .....	146
15.	CONDICIONES DEL INTERNAMIENTO .....	146
15.1.	Custodia policial inicial .....	146
15.2.	Uso de centros especializados como norma general .....	147
15.3.	Separación de los presos ordinarios .....	148
15.4.	Condiciones materiales del internamiento .....	148
16.	INTERNAMIENTO DE MENORES Y FAMILIAS .....	153
17.	SITUACIONES DE EMERGENCIA .....	155
18.	TRANSPOSICIÓN, INTERPRETACIÓN Y DISPOSICIONES TRANSITORIAS .....	156
19.	FUENTES Y DOCUMENTOS DE REFERENCIA .....	157
20.	ABREVIATURAS .....	159

## PRÓLOGO

El presente Manual de Retorno ofrece orientación a las autoridades nacionales competentes, incluida la policía, la guardia de fronteras, las autoridades de inmigración, el personal de los centros de internamiento y los órganos de supervisión, para llevar a cabo las tareas relacionadas con el retorno.

Abarca las normas y los procedimientos de los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y se basa en los instrumentos jurídicos de la Unión que regulan esta cuestión, principalmente la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(1)</sup> («Directiva relativa al retorno»). Los procedimientos de retorno están, en la práctica, a menudo vinculados con otros tipos de procedimientos (los procedimientos de asilo, los procedimientos de control en las fronteras, los procedimientos que dan lugar a un derecho de entrada, estancia o residencia) regulados por la legislación nacional y de la Unión pertinente. En esos casos, los Estados miembros deben garantizar una estrecha colaboración entre las diversas autoridades que participan en dichos procedimientos.

La primera versión del Manual fue adoptada en octubre de 2015 <sup>(2)</sup>. La versión actual, revisada en 2017, se basa en la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2017 <sup>(3)</sup> y ofrece orientaciones adicionales a las autoridades nacionales sobre la manera en que deben utilizarse las normas de la Directiva relativa al retorno para mejorar la eficacia de los sistemas de retorno, garantizando al mismo tiempo el pleno respeto de los derechos fundamentales.

Más allá de las normas y procedimientos adecuados, un sistema de retorno eficaz tiene que contar con una organización integrada y racionalizada de capacidades a nivel nacional. Esto significa ser capaz de movilizar a todas las partes interesadas en los procedimientos de retorno (por ejemplo, las autoridades de inmigración y policiales, así como la judicatura, las autoridades de protección de la infancia, los servicios médicos y sociales, y el personal de los centros de internamiento) y coordinar sus actuaciones, de acuerdo con sus funciones y competencias, para generar respuestas multidisciplinarias adecuadas y rápidas para la gestión de cada caso de retorno. Los sistemas de retorno nacionales deben contar con el apoyo de un número suficiente de personal competente y formado, que pueda movilizarse rápidamente —en caso necesario en un régimen horario de 24/7—, en particular al aumentar la carga de retornos, y que pueda desplegarse, en su caso, en la frontera exterior de la Unión para adoptar medidas inmediatas en respuesta a la presión migratoria. A tal fin, deben garantizar el intercambio continuo de información operativa con la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas y con los demás Estados miembros, y pueden confiar en el apoyo técnico y operativo que la Agencia es capaz de proporcionar.

Para que los sistemas de retorno puedan responder a los retos, los Estados miembros deben hacer el mejor uso posible de la flexibilidad prevista en la Directiva relativa al retorno y revisar y adaptar periódicamente sus estructuras y su capacidad de respuesta a las necesidades reales para que sigan siendo eficaces.

El presente Manual no crea ninguna obligación jurídicamente vinculante para los Estados miembros ni crea nuevos derechos y deberes. Se basa en gran medida en el trabajo realizado por los Estados miembros y la Comisión en el seno del «Grupo de contacto de la Directiva 2008/115/CE relativa al retorno» en los años 2009-2017 y agrupa de manera sistemática y resumida los debates que han tenido lugar en este foro, que no reflejan necesariamente un consenso entre los Estados miembros sobre la interpretación de los actos jurídicos.

La parte interpretativa del Manual se complementa con orientaciones sobre nuevas cuestiones (por ejemplo, nuevas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, normas internacionales). Solo los actos jurídicos en los que se basa el presente Manual, o a los que este se refiere, producen efectos jurídicos vinculantes y pueden ser invocados ante una jurisdicción nacional. Solo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede hacer interpretaciones jurídicamente vinculantes del Derecho de la Unión.

## 1. DEFINICIONES

### 1.1. Nacional de un tercer país

*Base jurídica:* artículo 3, punto 1, de la Directiva relativa al retorno; artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen <sup>(4)</sup>.

*Cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Tratado y que no sea un beneficiario del derecho comunitario a la libre circulación con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen.*

<sup>(1)</sup> 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 (DO L 348 de 24.12.2008, p. 98).

<sup>(2)</sup> C(2015) 6250.

<sup>(3)</sup> C(2017) 1600 final.

<sup>(4)</sup> Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, sobre un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO L 77 de 23.3.2016, p. 1).

Las siguientes categorías de personas no se consideran «nacionales de terceros países»:

- personas que sean ciudadanos de la Unión en el sentido del artículo 20, apartado 1, del TFUE (anteriormente, artículo 17, apartado 1, del Tratado) = las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la UE <sup>(1)</sup>,
- personas que posean la nacionalidad del EEE/CH,
- *miembros de la familia* de ciudadanos de la Unión que ejerzan su derecho a la libre circulación en virtud del artículo 21 del TFUE o de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(2)</sup>,
- *miembros de la familia* de nacionales del EEE/CH que disfruten de derechos de libre circulación equivalentes a los que poseen los ciudadanos de la Unión.

Cualquier otra persona, incluidos los apátridas <sup>(3)</sup>, se considerará «nacional de un tercer país».

Aclaraciones adicionales:

- Los miembros de la familia de nacionales de la UE/EEE/CH, que, por tanto, tienen un derecho de entrada y de residencia con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida, con independencia de su nacionalidad, son los siguientes:
  - (a) el cónyuge y, si la relación se ha formalizado sobre la base de la legislación de un Estado miembro y está reconocida por la legislación del Estado miembro de acogida como equivalente en sus efectos al matrimonio, la persona con quien el ciudadano de la UE/EEE/CH cohabite en el marco de una unión registrada;
  - (b) los descendientes directos menores de 21 años o las personas a cargo, incluidas las del cónyuge o cohabitante registrado;
  - (c) los ascendientes directos a cargo, incluidos los del cónyuge o cohabitante registrado.

Además de las categorías mencionadas en las letras a) a c), otros miembros de la familia pueden también disfrutar, en determinadas circunstancias, del derecho a la libre circulación con arreglo al Derecho de la Unión — en particular, cuando se les haya concedido el derecho de entrada y de residencia en virtud de la legislación nacional por la que se transpone el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE.

- Los nacionales de terceros países cuya pretensión de ser miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que disfrute del derecho a la libre circulación en la UE, en virtud del artículo 21 del TFUE o de la Directiva 2004/38/CE, haya sido desestimada por un Estado miembro pueden ser considerados nacionales de terceros países. Por consiguiente, tales personas pueden entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva relativa al retorno y les serán aplicables las normas, los procedimientos y los derechos mínimos en ella previstos. Sin embargo, respecto del recurso contra la decisión denegatoria de la condición de beneficiario de la Directiva 2004/38/CE, la Comisión considera que estas personas seguirán pudiendo contar, en virtud de las disposiciones más favorables mencionadas en el artículo 4 de la Directiva relativa al retorno, con las garantías procesales previstas en el capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE (por ejemplo, en materia de notificación y motivación de la decisión, plazo concedido para abandonar voluntariamente el territorio y procedimientos de recurso).

## 1.2. Situación irregular

*Base jurídica:* artículo 3, punto 2, de la Directiva relativa al retorno; artículo 6 del Código de fronteras Schengen.

*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 establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro.*

Esta amplia definición incluye a cualquier nacional de un tercer país que no disfrute de un derecho legal de estancia en un Estado miembro. Cualquier nacional de un tercer país que se encuentre físicamente presente en el territorio de un Estado miembro de la UE está en situación regular o irregular. No existe una tercera opción.

<sup>(1)</sup> En virtud de una disposición específica del Tratado de Adhesión del Reino Unido, solo los nacionales británicos que son «nacionales del Reino Unido a efectos de la Unión Europea» son también ciudadanos de la Unión Europea.

<sup>(2)</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158 de 30.4.2004, p. 77).

<sup>(3)</sup> De conformidad con el artículo 1, apartado 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, apátrida es «toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación».

Las ficciones jurídicas del Derecho nacional por las que se considera que las personas que se encuentran físicamente en partes especialmente designadas del territorio de un Estado miembro (por ejemplo, zonas de tránsito o determinadas zonas fronterizas) no «se hallan en el territorio» son irrelevantes en este contexto, pues menoscabarían la aplicación armoniosa del acervo de la UE en materia de retorno. Sin embargo, los Estados miembros pueden optar por no aplicar determinadas disposiciones del acervo en materia de retorno a esta categoría de personas (véase el apartado 2 a continuación).

Tras la codificación de 2016 del Código de Fronteras Schengen (CFS), la remisión al artículo 5 del CFS formulada en el artículo 3, punto 2, de la Directiva relativa al retorno se entenderá como remisión al actual artículo 6 del Código de Fronteras Schengen.

Por ejemplo, se considera que las siguientes categorías de nacionales de terceros países se encuentran en situación irregular en el Estado miembro de que se trate:

- titulares de un permiso de residencia o visado caducado,
- titulares de un permiso de residencia o visado retirado,
- solicitantes de asilo rechazados,
- solicitantes de asilo que hayan recibido una decisión que extinga su derecho de estancia como solicitantes de asilo,
- personas a quienes se les haya denegado la entrada en la frontera,
- personas interceptadas al cruzar de forma irregular una frontera,
- migrantes irregulares detenidos en el territorio de un Estado miembro,
- personas interceptadas al transitar por el territorio de un Estado miembro para llegar a otro Estado miembro sin derecho legal,
- personas que no disfruten del derecho de estancia en el Estado miembro de detención (aunque tengan derecho de estancia en otro Estado miembro),
- personas presentes en el territorio de un Estado miembro durante un plazo de salida voluntaria,
- personas cuya expulsión se haya aplazado.

Las siguientes categorías de personas no se consideran en situación irregular, pues disfrutan de un derecho legal de estancia (que podría ser solamente de carácter temporal) en el Estado miembro de que se trate:

- solicitantes de asilo que residan en un Estado miembro en el que disfruten de un derecho de estancia en espera de la resolución de su procedimiento de asilo,
- apátridas que residan en el Estado miembro en el cual, según el Derecho nacional, disfruten de un derecho de estancia durante el procedimiento de determinación de la apatridia,
- personas que residan en un Estado miembro en el que disfruten de un estatuto formal de tolerancia (siempre que el Derecho nacional considere ese estatuto una «situación regular»),
- titulares de un permiso obtenido de manera fraudulenta, mientras este no sea revocado o retirado y se siga considerando un permiso válido.

Aclaraciones adicionales:

- Las personas que se encuentran a la espera de la resolución sobre una solicitud de permiso de residencia pueden estar en situación regular o irregular, según sean o no titulares de un visado válido o disfruten o no de algún otro derecho de estancia.
- La situación irregular no exige una duración mínima de la estancia o la intención de los nacionales de terceros países de permanecer en situación irregular en el territorio de un Estado miembro (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-47/15, *Affum* <sup>(1)</sup>, apartado 48).
- Los solicitantes de renovación de un permiso caducado se encuentran en situación irregular, salvo que el Derecho nacional del Estado miembro de que se trate disponga lo contrario (véase también el apartado 5.7).

(<sup>1</sup>) Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 2016, *Affum*, asunto C-47/15, ECLI:EU:C:2016:408.

- Los nacionales de terceros países a quienes se les haya aplicado el procedimiento de retorno previsto en la Directiva relativa al retorno y se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro sin que exista un motivo justificado para el no retorno (posibilidad prevista en el apartado 48 de la sentencia del TJUE en el asunto C-329/11, *Achoughbabian* <sup>(1)</sup>) se encuentran en situación irregular. La referencia específica del TJUE en la sentencia *Achoughbabian* alude únicamente a la compatibilidad de las medidas penales previstas en el Derecho nacional con la Directiva relativa al retorno. Nada se dice en esta sentencia acerca del ámbito de aplicación o la aplicabilidad de la Directiva relativa al retorno, y la norma general establecida en el artículo 2, apartado 1, sigue siendo aplicable: «A o B», en el sentido de que una persona o bien se encuentra en situación irregular, y en ese caso es de aplicación la Directiva relativa al retorno, o bien disfruta de un derecho de estancia, y la Directiva relativa al retorno no es aplicable.

### 1.3. Retorno

*Base jurídica:* artículo 3, punto 3, de la Directiva relativa al 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:*

- 1) *su país de origen, o*
- 2) *un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u*
- 3) *otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido.*

Esta definición contiene limitaciones sobre lo que se puede y lo que no se puede admitir como «retorno» a efectos de la aplicación de la Directiva relativa al retorno. Trasladar a un nacional de un tercer país en situación irregular de vuelta a otro Estado miembro no se puede considerar un «retorno» en virtud del Derecho de la Unión. Sin embargo, esta medida podría darse de manera excepcional en el marco de un acuerdo bilateral de readmisión o de las normas de Dublín. Se recomienda, por ello, no denominar esta acción «retorno», sino «transferencia» o «traslado».

Esta definición implica asimismo que los Estados miembros solo deben realizar retornos a terceros países en las circunstancias enumeradas de manera exhaustiva en uno de los tres guiones. Por consiguiente, no es posible, por ejemplo, expulsar a una persona retornada sin su consentimiento a un tercer país que no sea ni su país de origen ni un país de tránsito.

*Aclaraciones adicionales:*

- En el primer guion, «país de origen» se refiere al país de la nacionalidad del nacional de un tercer país; en el caso de los apátridas, puede normalmente considerarse que lo es el país de residencia habitual anterior.
- En el segundo guion, «país de tránsito» únicamente se refiere a los terceros países, no a los Estados miembros de la UE.
- En el segundo guion, «acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo» se refiere únicamente a los acuerdos con terceros países. Los acuerdos bilaterales de readmisión entre Estados miembros son irrelevantes en este contexto. Sin embargo, en ciertos casos estos acuerdos entre Estados miembros permiten el traslado de los migrantes irregulares a otros Estados miembros en virtud del artículo 6, apartado 3, de la Directiva relativa al retorno (véase el apartado 5.5).
- En el tercer guion, «decida volver voluntariamente» no equivale a una salida voluntaria. En este contexto, «voluntariamente» se refiere a la elección del destino por la persona retornada. Esta elección voluntaria del destino se puede dar también en la preparación de una operación de expulsión: puede que la persona retornada prefiera ser expulsada a un país diferente del país de tránsito o de origen.
- Especificación del país de retorno en caso de expulsión: si se concede un plazo de salida voluntaria, es responsabilidad de la persona retornada asegurarse de que cumple la obligación de retorno en el plazo establecido, y en principio no es necesario especificar el país de retorno. Solo es necesario especificar a qué tercer país será expulsada esa persona si los Estados miembros tienen que recurrir a medidas coercitivas (véase el apartado 1.5).

### 1.4. Decisión de retorno

*Base jurídica:* artículo 3, punto 4, y artículo 6, apartado 6, de la Directiva relativa al 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.*

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2011, *Achoughbabian*, asunto C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807.

La definición de «decisión de retorno» se centra en dos elementos esenciales. Una decisión de retorno ha de contener:

- 1) una declaración relativa a la irregularidad de la estancia, y
- 2) la imposición de una obligación de retorno.

Una decisión de retorno puede contener otros elementos adicionales, como una prohibición de entrada, un plazo de salida voluntaria o la designación del país de retorno; cuando no se mencione el país de retorno, los Estados miembros deberán garantizar que se respete el principio de no devolución de conformidad con el artículo 5 de la Directiva relativa al retorno.

Los Estados miembros disfrutan de amplia discreción sobre la forma (decisión o acto, judicial o administrativo) de adopción de la decisión de retorno.

Las decisiones de retorno se pueden dictar en forma de acto o decisión autónomos o bien junto con otras decisiones, como una orden de expulsión o una decisión por la que se pone fin a una situación regular (véase el apartado 12.1).

La decisión de retorno establece la irregularidad de la estancia en el Estado miembro que la dicta, precisando al mismo tiempo la obligación de abandonar el territorio de los Estados miembros de la UE y países asociados a Schengen. Por otra parte, es necesario señalar que, de conformidad con el artículo 11, las decisiones de retorno pueden ir acompañadas de prohibiciones de entrada con efecto en toda la UE (vinculantes para todos los Estados sujetos a la Directiva relativa al retorno).

Aclaración adicional:

- La flexibilidad de la definición de «decisión de retorno» no impide que la decisión por la que se impone la obligación de retorno se adopte en forma de sentencia penal y en el contexto de un proceso penal (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-430/11, Sagor <sup>(1)</sup>, apartado 39).

### 1.5. Orden de expulsión

*Base jurídica:* artículo 3, punto 5, y artículo 8, apartado 3, de la Directiva relativa al retorno.

*Decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial que impone la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro.*

La orden de expulsión se puede dictar junto con la decisión de retorno (procedimiento único) o por separado (procedimiento en dos fases). Cuando la decisión de retorno y la orden de expulsión se dictan conjuntamente en un procedimiento único, si se concede un plazo de salida voluntaria, debe quedar claro que la expulsión solo se llevará a cabo en caso de que no se haya cumplido la obligación de retorno dentro de dicho plazo.

Dada la obligación de los Estados miembros de respetar siempre el principio de no devolución, la expulsión (transporte físico fuera del Estado miembro) no puede ser a un destino sin especificar, sino únicamente a un país de retorno especificado. La persona retornada debe ser informada previamente del destino de la operación de expulsión, de manera que pueda exponer sus posibles motivos para creer que la expulsión al destino propuesto incumpliría el principio de no devolución y ejercer el derecho de recurso. En este sentido, la Comisión recomienda que o bien se mencione el país de retorno en la decisión de expulsión separada (procedimiento en dos fases) o bien, cuando se trate de una decisión conjunta de retorno y expulsión (procedimiento único), se mencione el país al que la persona de que se trate será expulsada en caso de incumplimiento de la obligación de retorno, o se informe al nacional de un tercer país mediante otro acto o decisión.

### 1.6. Riesgo de fuga

*Base jurídica:* artículo 3, punto 7, y considerando 6 de la Directiva relativa al retorno.

*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.*

(<sup>1</sup>) Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Sagor, asunto C-430/11, ECLI:EU:C:2012:777.

La existencia (o ausencia) de un «riesgo de fuga» constituye un elemento decisivo para determinar si se concede o no un plazo para la salida voluntaria, así como para decidir sobre la necesidad de internamiento.

Los Estados miembros deben basar su apreciación de la existencia de riesgo de fuga en criterios objetivos fijados en la legislación nacional. La sentencia del TJUE en el asunto C-528/15, *Al Chodor* <sup>(1)</sup>, relacionada con la definición de «riesgo de fuga» del artículo 2, letra n) <sup>(2)</sup>, del Reglamento de Dublín, cuyo texto es, en esencia, idéntico a la definición del artículo 3, apartado 7, de la Directiva relativa al retorno, confirma indirectamente esta última. En dicha sentencia, el TJUE determinó que dichos criterios objetivos deben estar claramente establecidos en disposiciones vinculantes de aplicación general y que no basta con una reiterada jurisprudencia nacional que confirme una práctica administrativa continuada. El TJUE también llegó a la conclusión de que, en ausencia de tales criterios en disposiciones jurídicamente vinculantes de aplicación general, el internamiento debe ser declarado ilegal.

Si bien los Estados miembros disfrutan de un amplio margen de apreciación a la hora de determinar dichos criterios, se deben tener en cuenta los siguientes como indicación de que un nacional de un tercer país en situación irregular pudiera fugarse:

- falta de documentación,
- falta de residencia, domicilio fijo o dirección fiable,
- ausencia de notificación a las autoridades pertinentes,
- manifestación explícita de la voluntad de incumplimiento de las medidas relacionadas con el retorno (por ejemplo, decisión de retorno, medidas de prevención de la fuga),
- existencia de una condena por un delito, también en el caso de una infracción penal grave en otro Estado miembro <sup>(3)</sup>,
- investigaciones y procedimientos penales en curso,
- incumplimiento de una decisión de retorno, con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria,
- conducta previa (p. ej., fuga),
- falta de recursos financieros,
- ser objeto de una decisión de retorno dictada por otro Estado miembro,
- incumplimiento del requisito de desplazarse al territorio de otro Estado miembro que haya concedido un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia,
- entrada ilegal en el territorio de los Estados miembros de la UE y de los países asociados a Schengen.

La legislación nacional podrá establecer otros criterios objetivos para determinar la existencia de un riesgo de fuga.

De conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, en particular el principio de proporcionalidad, todas las decisiones adoptadas conforme a la Directiva relativa al retorno deben adoptarse sobre la base de una evaluación individual de cada caso. La anterior lista de criterios debe tenerse en cuenta en todo momento durante el procedimiento de retorno como un elemento de la evaluación general de cada situación individual, pero no puede ser la única base para suponer automáticamente la existencia de un riesgo de fuga, pues a menudo será una combinación de varios de los criterios arriba enumerados el fundamento para concluir que existe tal riesgo. Debe evitarse cualquier conclusión automática, como que la entrada ilegal o la falta de documentos suponen la existencia de un riesgo de fuga. La evaluación individual debe tener en cuenta todos los factores pertinentes, incluida la edad, la salud y las condiciones sociales de las personas interesadas, que pueden afectar directamente al riesgo de que el nacional del tercer país pueda fugarse y pueden, en determinados casos, llevar a la conclusión de que no existe riesgo de fuga, aunque se cumplan uno o más de los criterios establecidos en el Derecho nacional.

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2017, *Al Chodor* y otros, asunto C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213.

<sup>(2)</sup> Artículo 2, letra n), del Reglamento (UE) n.º 604/2013 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 L 180 de 29.6.2013, p. 31): «se entenderá por “riesgo de fuga” la existencia de razones basadas en criterios objetivos definidos por ley que, en un caso concreto, permitan pensar que un solicitante, un nacional de un tercer país o un apátrida sujeto a un procedimiento de traslado pueda fugarse».

<sup>(3)</sup> Esta información puede obtenerse a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales, establecido por la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (DO L 93 de 7.4.2009, p. 23), y la Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI (DO L 93 de 7.4.2009, p. 33). El 19 de enero de 2016, la Comisión presentó la propuesta COM(2016) 7 final para facilitar el intercambio de los registros de antecedentes penales de ciudadanos de países no pertenecientes a la UE.

Además de los criterios mencionados anteriormente que puedan indicar la existencia de un riesgo de fuga, y sin perjuicio de los derechos de los nacionales de terceros países de que se trate a ser oídos y a una tutela judicial efectiva, la legislación nacional también puede disponer que determinadas circunstancias objetivas constituyen una presunción *iuris tantum* de que existe un riesgo de fuga (es decir, el nacional de un tercer país debe refutar que, pese a la existencia de las circunstancias siguientes, dicho riesgo no existe), tales como:

- negativa a cooperar en el proceso de identificación, utilizando documentos de identidad falsos o falsificados, destruyendo o inutilizando de otro modo los documentos existentes, o negativa a facilitar las impresiones digitales,
- oposición violenta o fraudulenta a la operación de retorno,
- incumplimiento de una medida destinada a impedir la fuga (véase el apartado 6.2);
- incumplimiento de una prohibición de entrada ya existente,
- movimientos secundarios no autorizados a otro Estado miembro.

La Comisión recomienda regular este tipo de presunciones *iuris tantum* en el Derecho nacional.

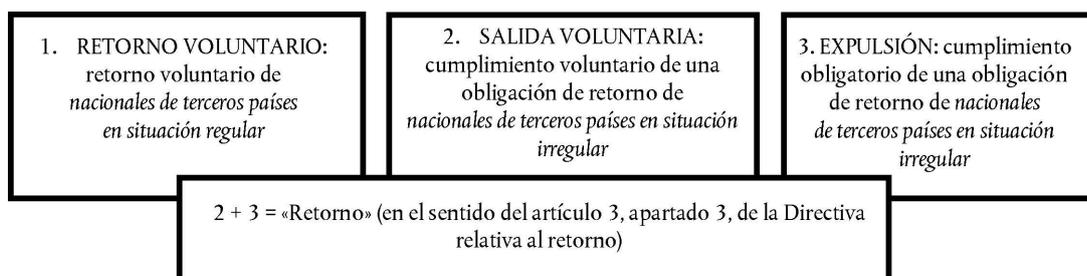
### 1.7. Salida voluntaria

Base jurídica: artículo 3, punto 8, de la Directiva relativa al retorno.

*El cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno.*

La salida voluntaria en el contexto del acervo en materia de retorno de la UE se refiere al cumplimiento voluntario de una obligación de retorno a un tercer país. El término «salida voluntaria» no abarca los casos de nacionales de terceros países en situación *regular* que deciden volver a su país de origen por decisión propia. Este retorno «verdaderamente» voluntario (supuesto 1 del cuadro siguiente) queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva relativa al retorno, pues atañe a los nacionales de terceros países en situación *regular*. La salida de nacionales de terceros países en situación irregular que no han sido detectados o detenidos (por ejemplo, los que permanecen en la Unión una vez expirado el plazo de estancia legal) se puede considerar cubierta por la definición de «salida voluntaria». Estas personas tienen ya una obligación «abstracta» de retornar en virtud de la Directiva relativa al retorno y pueden ser objeto de una decisión de retorno, así como de una prohibición de entrada, una vez que las autoridades tengan conocimiento de su estancia irregular (a más tardar, en el momento del control de salida, véanse los apartados 5.1 y 11.3).

La Directiva relativa al retorno solamente cubre los supuestos 2 y 3 siguientes:



El desplazamiento del territorio *nacional* de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro de conformidad con el artículo 6, apartado 2 (véase el apartado 5.4), no se puede considerar una salida voluntaria. La definición de salida voluntaria requiere siempre la salida a un tercer país. En el apartado 6.4 se establecen normas específicas sobre el tránsito por tierra a través del territorio de otros Estados miembros en el contexto de la salida voluntaria.

## 1.8. Personas vulnerables

*Base jurídica:* artículo 3, punto 9, de la Directiva relativa al retorno.

*Los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual.*

A diferencia de la definición de personas vulnerables aplicada en el acervo en materia de asilo (véanse, por ejemplo, el artículo 21 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(1)</sup> («Directiva sobre las condiciones de acogida») o el artículo 20, apartado 3, de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(2)</sup> («Directiva sobre los requisitos»), en la Directiva relativa al retorno la definición consiste en una lista exhaustiva.

Sin embargo, la necesidad de prestar una atención específica a la situación de las personas vulnerables y sus necesidades concretas en el contexto del retorno no se limita a las categorías de personas vulnerables mencionadas explícitamente en el artículo 3, punto 9. La Comisión recomienda que los Estados miembros presten también atención a otras situaciones de especial vulnerabilidad, como las mencionadas en el acervo en materia de asilo: ser víctima de la trata de seres humanos o de la mutilación genital femenina, estar gravemente enfermo o padecer trastornos psíquicos.

La necesidad de prestar una atención específica a la situación de las personas vulnerables no se debe limitar a las situaciones explícitamente mencionadas en la Directiva relativa al retorno (durante el plazo de salida voluntaria, durante el aplazamiento del retorno y durante el internamiento). Así pues, la Comisión recomienda que los Estados miembros presten atención a las necesidades de las personas vulnerables en todas las fases del procedimiento de retorno, como parte de la evaluación de las circunstancias individuales de cada caso.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

*Base jurídica:* artículo 2 y artículo 4, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno.

El ámbito de aplicación de la Directiva relativa al retorno es amplio y cubre a todo nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. En la actualidad, están sujetos a la Directiva relativa al retorno los Estados miembros siguientes:

- todos los Estados miembros de la UE, excepto el Reino Unido e Irlanda,
- Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la Directiva a determinadas categorías de nacionales de terceros países:

- «casos fronterizos», de conformidad con el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva relativa al retorno (véase el apartado 2.1) y
- «casos penales», de conformidad con el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva relativa al retorno (véase el apartado 2.2).

La decisión de un Estado miembro de hacer uso de la excepción y no aplicar la Directiva a los «casos fronterizos» o a los «casos penales» se debe establecer claramente, con carácter previo, en la legislación nacional de aplicación <sup>(3)</sup>; en caso contrario, carecerá de efecto jurídico. No existen requisitos formales específicos para hacer pública tal decisión. Sin embargo, si el Estado miembro hace uso de la excepción y en la medida en que así sea, es importante que esta emane, implícita o explícitamente, de la legislación nacional.

Si un Estado miembro no ha hecho pública, previamente, su decisión de hacer uso de las excepciones previstas en el artículo 2, apartado 2, letras a) o b), de la Directiva relativa al retorno, no podrá servirse de estas disposiciones como motivación para no aplicar posteriormente la Directiva relativa al retorno en casos individuales.

<sup>(1)</sup> Directiva 2013/33/UE 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 L 180 de 29.6.2013, p. 96).

<sup>(2)</sup> Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DO L 337 de 20.12.2011, p. 9).

<sup>(3)</sup> A diferencia de los Estados miembros de la UE, Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein solo están sujetos a las directivas de la UE en virtud del artículo 288 del TFUE previa aceptación y de conformidad con los principios generales del Derecho internacional público. Por tanto, a diferencia de los Estados miembros, Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein no están sujetos a la jurisprudencia del TJUE relativa a la transposición de las directivas al Derecho nacional y son libres de elegir las modalidades de transposición de la obligación establecida en la Directiva relativa al retorno (por ejemplo, mediante referencia directa al texto de la Directiva) en cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Nada impide a los Estados miembros limitar el uso de la excepción del artículo 2, apartado 2, letra a), o del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva relativa al retorno a determinadas categorías de personas (por ejemplo, únicamente las denegaciones de entrada en las fronteras aéreas o marítimas), siempre que quede claro en la legislación nacional de aplicación.

Los Estados miembros pueden decidir hacer uso de la excepción en una fase posterior, a raíz de la transposición de la Directiva relativa al retorno al ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, ello no debe tener consecuencias desfavorables para las personas que ya podían acogerse a los efectos de la Directiva relativa al retorno (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-297/12, *Filev y Osmani* <sup>(1)</sup>): «[...] ... mientras un Estado miembro aún no haya hecho uso de dicha facultad [...] no puede alegar el derecho a restringir el ámbito de aplicación personal de la mencionada Directiva con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), de esta respecto de personas a las que los efectos de dicha Directiva ya eran aplicables».

### 2.1. Casos fronterizos — Artículo 2, apartado 2, letra a)

Con frecuencia, las personas a las que se ha denegado la entrada y que se encuentran en una zona de tránsito o una zona fronteriza de un Estado miembro están sujetas a normas especiales de los Estados miembros: en virtud de una «ficción jurídica», en ocasiones se considera que esas personas «no se encuentran en el territorio del Estado miembro» en cuestión y se les aplican normas diferentes. La Directiva relativa al retorno no sigue este enfoque y considera que cualquier nacional de un tercer país que se encuentre físicamente en el territorio de un Estado miembro está cubierto por su ámbito de aplicación.

No obstante, los Estados miembros son libres de decidir no aplicar la Directiva a los «casos fronterizos», definidos como los nacionales de terceros países:

- a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen <sup>(2)</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 anteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro.

El uso de esta excepción puede ser útil, por ejemplo, en el caso de los Estados miembros de primera línea que sufren una presión migratoria significativa, cuando ello pueda dar lugar a procedimientos más eficaces; en estos casos, la Comisión recomienda hacer uso de dicha excepción.

Los procedimientos nacionales para los «casos fronterizos» deben respetar los principios generales del Derecho internacional y los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países interesados, así como las medidas de protección establecidas por el artículo 4, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno (véase el apartado 2.2).

Aclaraciones adicionales:

- El artículo 2, apartado 2, letra a), implica una relación temporal y espacial directa con el cruce de la frontera exterior. Por lo tanto, se refiere a los nacionales de terceros países detenidos o interceptados por las autoridades competentes justo en el momento del cruce irregular de la frontera exterior o cerca de la frontera exterior tras haberla cruzado, véase la sentencia del TJUE en el asunto C-47/15, *Affum* (apartado 72).
- Las siguientes categorías de personas están, por ejemplo, cubiertas por el término «detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores» porque todavía hay una conexión DIRECTA con el acto del cruce irregular de fronteras:
  - personas llegadas de manera irregular en una embarcación y detenidas en el momento de su llegada o poco después,
  - personas interceptadas por la policía tras haber escalado una valla fronteriza,
  - migrantes irregulares que abandonan el tren o el autobús que los llevaba directamente al territorio de un Estado miembro (sin ninguna parada previa en el territorio del Estado miembro).
- Las siguientes categorías de personas no están cubiertas por el término «detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores» porque ya no hay una conexión DIRECTA con el acto del cruce irregular de fronteras:
  - migrantes irregulares detenidos en el territorio de un Estado miembro, dentro de un plazo determinado tras una entrada irregular,
  - migrantes irregulares detenidos en una región fronteriza, salvo que siga existiendo una relación directa con el acto del cruce irregular de las fronteras,

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2013, *Filev y Osmani*, asunto C-297/12, ECLI:EU:C:2013:569.

<sup>(2)</sup> De acuerdo con la codificación del Código de fronteras Schengen en 2016, la referencia al artículo 13 del Código se entenderá como referencia al artículo 14 del Reglamento (UE) 2016/399.

- migrantes irregulares que abandonen un autobús procedente de un tercer país, si el autobús ya ha efectuado varias paradas en territorio de la UE,
  - migrantes irregulares que, tras haber sido expulsados en otra ocasión, infrinjan una prohibición de entrada aún válida (salvo que su detención tenga una relación directa con el cruce irregular de las fronteras),
  - migrantes irregulares que crucen una frontera interior: véase la sentencia del TJUE en el asunto C-47/15, Affum (apartado 69); el artículo 2, apartado 2, de la Directiva, que se refiere a las fronteras exteriores, y el artículo 14 del CFS aplicable a las fronteras exteriores,
  - nacionales de terceros países en situación irregular que abandonen el territorio de los Estados miembros y de los países asociados a Schengen (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-47/15, Affum (apartado 71).
- Ejemplo práctico de casos cubiertos por la disposición «y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro»:
- migrantes irregulares que hayan sido detenidos en la frontera exterior y hayan obtenido ulteriormente un derecho de estancia como solicitantes de asilo. Aun cuando, tras la denegación final de la solicitud de asilo, volvieren a encontrarse en «situación irregular», no deberían quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva como «casos fronterizos»,
  - un nacional de un tercer país a quien se le ha denegado la entrada y se encuentra en la zona de tránsito de un aeropuerto (con lo que podría quedar excluido del ámbito de aplicación de la Directiva) se traslada a un hospital por motivos médicos y recibe un *permiso* nacional de corta duración [no un aplazamiento de la expulsión en virtud del artículo 9, apartado 2, letra a)] que cubra el período de hospitalización.
- La forma, el contenido y las vías de recurso contra las decisiones adoptadas respecto de los nacionales de terceros países excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva relativa al retorno por el artículo 2, apartado 2, letra a), están regulados en el Derecho nacional.
- Las denegaciones de entrada en virtud del artículo 13 del CFS atañen a todo aquel que no cumpla las condiciones de entrada de conformidad con el artículo 6, apartado 1, del Código de Fronteras Schengen.
- Las personas a las que se les deniegue la entrada en la zona de tránsito de un aeropuerto o en un paso fronterizo situado en el territorio de un Estado miembro estarán sujetas a la Directiva relativa al retorno (pues ya se encuentran físicamente en el territorio). No obstante, los Estados miembros pueden hacer uso de la excepción prevista en el artículo 2, apartado 2, letra a), según la cual pueden decidir no aplicar la Directiva a esos casos.
- Las excepciones de los casos fronterizos con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra a), solo se aplican a los casos de detención en las fronteras exteriores, pero no en las fronteras interiores: véase la sentencia del TJUE en el asunto C-47/15, Affum.
- La reintroducción temporal de los controles fronterizos internos no reconvierte las fronteras interiores en fronteras exteriores. Por lo tanto, es irrelevante en cuanto al ámbito de aplicación de la Directiva relativa al retorno.
- Los casos «fronterizos y similares» que podrían quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, de conformidad con su artículo 2, apartado 2, letra a), no son los mismos que los mencionados en su artículo 12, apartado 3 (procedimiento simplificado en caso de entrada ilegal): la entrada ilegal (término utilizado en el artículo 12, apartado 3) no equivale a los casos «fronterizos y similares» descritos en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva relativa al retorno. Ejemplo: un nacional de un tercer país en situación irregular que sea detenido en el territorio de un Estado miembro tres meses después de su entrada ilegal no estará sujeto al artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva relativa al retorno, pero podrá entrar dentro del ámbito de aplicación de su artículo 12, apartado 3.

## 2.2. Garantías especiales para los «casos fronterizos»

En caso de que los Estados miembros decidan no aplicar la Directiva a los casos fronterizos, deberán, no obstante, respetar el principio de no devolución y garantizar, de conformidad con el artículo 4, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno, que el nivel de protección de las personas interesadas no sea menos favorable que el definido en los artículos de la Directiva relativos a:

- limitaciones del uso de medidas coercitivas,
- aplazamiento de la expulsión,
- asistencia sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades, teniendo en cuenta las necesidades de las personas vulnerables, y
- condiciones de internamiento.

Además, cabe señalar que las garantías en el marco del acervo en materia de asilo de la Unión (en particular sobre el acceso al procedimiento de asilo) no se suspenden en modo alguno por la decisión de los Estados miembros de no aplicar la Directiva relativa al retorno a los casos fronterizos. Las obligaciones contempladas en el acervo de la Unión en materia de asilo incluyen, en particular, la obligación de los Estados miembros de:

- informar a los nacionales de terceros países que deseen solicitar protección internacional sobre la posibilidad de hacerlo,
- velar por que la guardia de fronteras y otras autoridades competentes dispongan de la información pertinente y por que su personal reciba la formación necesaria para poder reconocer a los solicitantes, así como instrucciones para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo presentar las solicitudes de protección internacional,
- proporcionar servicios de interpretación en la medida necesaria para facilitar el acceso al procedimiento,
- garantizar el acceso efectivo de las organizaciones y las personas encargadas de asesorar y orientar a los solicitantes que se encuentren en los cruces, incluidas las zonas de tránsito, de las fronteras exteriores.

Aclaraciones adicionales:

- Aplicación práctica de esta disposición en caso de denegación de la entrada en la frontera: hay dos posibilidades: o bien, tras la denegación de la entrada en la frontera, la persona se encuentra físicamente presente en el territorio de un Estado miembro (por ejemplo, en la zona de tránsito de un aeropuerto), o bien no se encuentra físicamente presente en el territorio de un Estado miembro (por ejemplo, una persona a la que se ha denegado la entrada en una frontera terrestre y aún se encuentra físicamente en el territorio de un tercer país). En el primer caso, se pueden y deben aplicar las garantías del artículo 4, apartado 4. En el segundo caso, el artículo 4, apartado 4, no es de aplicación.
- El respeto al principio de no devolución, reconocido en el artículo 4, apartado 4, letra b), de la Directiva relativa al retorno, y consagrado en el artículo 19, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («CDF»), así como en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos («CEDH»), es un derecho absoluto y no se debe restringir sean cuales sean las circunstancias, aunque los extranjeros constituyan una amenaza para el orden público o hayan cometido un delito particularmente grave. Estas personas pueden quedar excluidas del estatuto de refugiado o de la protección subsidiaria, pero no pueden ser devueltas a un lugar donde estén expuestas al riesgo de tortura o muerte.

### 2.3. Casos penales y de extradición

Los Estados miembros son libres de decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países que:

- estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional,
- estén sujetos a medidas de retorno como consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o
- estén sujetos a procedimientos de extradición.

Aclaraciones adicionales:

- Los casos penales a los que se refiere esta disposición son los que típicamente se consideran delitos en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros.
  - En el asunto C-297/12, *Filev y Osmani*, el TJUE aclaró de manera explícita que las infracciones de la Ley alemana sobre estupefacientes y las condenas por tráfico de estupefacientes pueden constituir casos a los que les sea aplicable la excepción.
  - En el asunto C-329/11, *Achoughbadian*, el TJUE confirmó que esta excepción no se puede aplicar, sin privar a la Directiva relativa al retorno de su objeto y su efecto vinculante, a los nacionales de terceros países que solo hayan cometido la infracción de estancia irregular.
  - Las infracciones menores relacionadas con la migración, como la entrada o la estancia irregulares, no pueden justificar la aplicación de esta excepción.
- Los procedimientos de extradición no están necesariamente relacionados con los procedimientos de retorno. El Convenio de Extradición del Consejo de Europa de 1957 <sup>(1)</sup> define la extradición como la entrega de «las personas a quienes las autoridades judiciales de la Parte requirente persiguiere por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad». No obstante, pueden existir solapamientos y el objetivo de esta excepción es dejar claro que los Estados miembros pueden optar por no aplicar las garantías procesales contenidas en la Directiva relativa al retorno al ejecutar el retorno en el contexto de los procedimientos de extradición.

<sup>(1)</sup> Consejo de Europa, *Convenio Europeo de Extradición*, 1957.

### 3. DISPOSICIONES MÁS FAVORABLES

*Base jurídica:* artículo 4 de la Directiva relativa al retorno.

Aunque la Directiva relativa al retorno tiene por objetivo armonizar los procedimientos de retorno de los Estados miembros, deja expresamente inalteradas las disposiciones más favorables contenidas en los acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales (artículo 4, apartado 1).

Asimismo, la Directiva relativa al retorno deja inalterada «cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país» (artículo 4, apartado 2), así como el «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» (artículo 4, apartado 3).

Aclaraciones adicionales:

- Dado que la Directiva relativa al retorno tiene por objeto establecer unas normas mínimas comunes relativas al respeto de los derechos fundamentales de las personas en los procedimientos de retorno, la expresión «más favorable» se debe interpretar siempre como «más favorable para la persona retornada», y no como más favorable para el Estado que la expulsa.
- Los Estados miembros no son libres de aplicar normas más estrictas en ámbitos regulados por la Directiva relativa al retorno: véase la sentencia del TJUE en el asunto C-61/11, *El Dridi* <sup>(1)</sup> (apartado 33): «[...] la Directiva 2008/115/CE [...] no permite que esos Estados apliquen normas más severas en el ámbito que regula».
- Imponer una multa en lugar de dictar una decisión de retorno: la Directiva relativa al retorno no permite el establecimiento de un mecanismo que, en el caso de los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro, prevea, dependiendo de las circunstancias, la posibilidad de optar entre una multa y la expulsión, pues estas dos medidas se excluyen mutuamente (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-38/14, *Zaizoune*) <sup>(2)</sup>.
- La aplicación de partes de la Directiva relativa al retorno a personas excluidas de su ámbito de aplicación en virtud del artículo 2, apartado 2, letras a) y b), es compatible con la Directiva y se puede considerar cubierta por el artículo 4, apartado 3, ya que dicha práctica sería más favorable para el nacional de un tercer país de que se trate.

### 4. SANCIONES PENALES POR INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

*Base jurídica:* Directiva relativa al retorno, de acuerdo con la interpretación del TJUE en los asuntos C-61/11, *El Dridi*; C-329/11, *Achoughbajian*; C-430/11, *Sagor*; C-297/12, *Filev y Osmani*; C-38/14, *Zaizoune*; C-290/14, *Celaj*, y C-47/15, *Affum*.

Los Estados miembros son libres de establecer sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas las penas de privación de libertad como sanción penal por infracción de la normativa en materia de inmigración, siempre que dichas medidas no pongan en peligro la aplicación de la Directiva relativa al retorno y garanticen el pleno respeto de los derechos fundamentales, en particular los garantizados por la CDF, interpretados de conformidad con las disposiciones correspondientes del CEDH. Corresponde al Derecho nacional determinar qué tipos de infracciones de la normativa de inmigración deben ser sancionadas.

Nada impide a los Estados miembros regular y tener en cuenta en su Derecho penal nacional los casos de infracciones de la normativa de inmigración cometidas en otros Estados miembros.

Incumplimiento de una prohibición de entrada: los Estados miembros pueden adoptar sanciones penales contra los nacionales de terceros países en situación irregular que hayan sido retornados y que vuelvan a entrar en el territorio de un Estado miembro infringiendo una prohibición de entrada. Tal sanción penal es admisible únicamente con la condición de que la prohibición de entrada dictada contra el nacional de un tercer país cumpla las disposiciones de la Directiva. Dichas sanciones penales deben garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales y la Convención de Ginebra de 1951 <sup>(3)</sup>, en particular su artículo 31, apartado 1 <sup>(4)</sup> (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-290/14, *Celaj*) <sup>(5)</sup>.

- La Directiva relativa al retorno no excluye la imposición de sanciones penales, con arreglo a las normas procesales penales nacionales, a los nacionales de terceros países a los que se hayan aplicado sin resultado los procedimientos de retorno establecidos por la Directiva y que se hallen en situación irregular en el territorio de un Estado miembro sin que exista un motivo justificado para que no sean retornados. Las sanciones penales destinadas a disuadir a los retornados de permanecer ilegalmente deben garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales, en particular los garantizados por el CEDH (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-329/11, *Achoughbajian*, apartados 48 y 49) y ajustarse al principio de proporcionalidad.

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268.

<sup>(2)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2015, *Zaizoune*, asunto C-38/14, ECLI:EU:C:2015:260.

<sup>(3)</sup> Naciones Unidas, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

<sup>(4)</sup> Artículo 31, apartado 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados: «1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren presentes en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales».

<sup>(5)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 2015, *Skerdjan Celaj*, asunto C-290/14, ECLI:EU:C:2015:640.

- La Comisión recomienda a los Estados miembros que prevean sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en su Derecho nacional (por ejemplo, multas, incautación de documentos, reducción o denegación de prestaciones y subsidios, denegación del permiso de trabajo) a los nacionales de terceros países que deliberadamente obstaculicen el proceso de retorno (por ejemplo, inutilizando el documento de viaje, proporcionando una identidad falsa, impidiendo la identificación o negándose repetidamente a embarcar), a condición de que dichas sanciones no afecten negativamente a la consecución del objetivo de la Directiva relativa al retorno y garanticen el pleno respeto de los derechos fundamentales.
- Tipificación como delito de la mera situación irregular: los Estados miembros no pueden imponer penas privativas de libertad con arreglo al Derecho penal nacional por el mero hecho de hallarse en situación irregular antes o durante la ejecución de los procedimientos de retorno, puesto que ello retrasaría el retorno (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-61/11, *El Dridi*). Sin embargo, la Directiva relativa al retorno no impide a los Estados miembros imponer una pena de prisión por la comisión de delitos distintos de los resultantes del mero hecho de hallarse en situación irregular, incluidas aquellas situaciones en que los procedimientos de retorno no se hayan completado aún (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-47/15, *Affum*, apartado 65).
- Sanciones económicas: la imposición de una (razonable) sanción económica por estancia irregular con arreglo al Derecho penal nacional no es incompatible con los objetivos de la Directiva relativa al retorno, pues no impide que se dicte una decisión de retorno ni que se ejecute en pleno cumplimiento de las condiciones establecidas en la Directiva (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-430/11, *Sagor*). La legislación nacional que, en caso de situación irregular, imponga una multa o la pena de expulsión es incompatible con la Directiva relativa al retorno, ya que ambas medidas son mutuamente excluyentes y menoscaban la eficacia de la Directiva (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-38/14, *Zaizoune*).
- De conformidad con el artículo 5 de la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(1)</sup> («Directiva relativa a las sanciones a los empleadores»), los empresarios que empleen a nacionales de terceros países en situación irregular sin autorización estarán obligados al pago de una sanción económica que incluirá los gastos de retorno en los casos en los que se lleve a cabo un procedimiento de retorno. Los Estados miembros pueden decidir reflejar al menos los costes medios de retorno en las sanciones económicas.
- Expulsión inmediata con arreglo al Derecho penal nacional (en los casos que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva relativa al retorno con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b); véase el apartado 2.3): solo se permiten en la medida en que la sentencia que imponga esta pena reúna todas las garantías de la Directiva relativa al retorno, incluidas la forma de las decisiones de retorno, las garantías jurídicas y la consideración previa de la posibilidad de salida voluntaria (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-430/11, *Sagor*).
- Arresto domiciliario en virtud del Derecho penal nacional: solo se permite si existen garantías de que el arresto domiciliario no impide el retorno y de que finalizará tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera del Estado miembro (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-430/11, *Sagor*).

#### Aclaraciones adicionales:

- Los «motivos justificados para el no retorno» pueden ser:
  - o bien motivos *fuera del ámbito* de influencia de la persona retornada (como demoras en la obtención de la documentación necesaria procedente de terceros países causadas por una mala cooperación de las autoridades de dichos terceros países, una situación crítica en el país de retorno que impida un retorno seguro, la concesión de un aplazamiento formal del retorno a determinadas categorías de retornados),
  - o bien motivos *de la esfera de influencia de la persona retornada* que se reconozcan como legítimos o justificados en el Derecho nacional o de la Unión (por ejemplo, problemas de salud o motivos familiares que den lugar al aplazamiento del retorno, existencia de un procedimiento de recurso pendiente con efecto suspensivo, decisión de cooperar con las autoridades como testigo). El mero deseo subjetivo de permanecer en la UE no se puede considerar nunca un «motivo justificado».
- Los «motivos no justificados para el no retorno» pueden ser motivos del *ámbito de influencia* de la persona retornada que no estén reconocidos como legítimos o justificados por el Derecho nacional o de la Unión, como la falta de cooperación en la obtención de los documentos de viaje, la falta de cooperación en la revelación de la propia identidad, la destrucción de documentos, la fuga y la obstaculización del retorno.

<sup>(1)</sup> Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 168 de 30.6.2009, p. 24). Dinamarca, Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein no están vinculados por esta Directiva.

## 5. DETENCIÓN Y OBLIGACIÓN DE DICTAR UNA DECISIÓN DE RETORNO

*Base jurídica:* artículo 6, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno.

*Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.*

Los Estados miembros están obligados a dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, salvo que el Derecho de la Unión prevea una excepción expresa (véase la lista de excepciones que se indican a continuación). Los Estados miembros no pueden tolerar en la práctica la presencia de nacionales de terceros países en situación irregular en su territorio sin poner en marcha un procedimiento de retorno o sin conceder el derecho de estancia. Esta obligación de los Estados miembros de incoar el procedimiento de retorno o de conceder el derecho de estancia tiene por objeto reducir las «zonas grises» con el fin de evitar la explotación de las personas en situación irregular y mejorar la seguridad jurídica de todos los interesados.

Los Estados miembros deben dictar una decisión de retorno con independencia de que el nacional de un tercer país esté en posesión de un documento de viaje o de identidad válido, independientemente de que la readmisión en un tercer país sea posible.

La validez de las decisiones de retorno no debe ser limitada en el tiempo. Las autoridades nacionales competentes deben poder ejecutar las decisiones de retorno sin necesidad de reiniciar el procedimiento al cabo de un determinado período de tiempo (por ejemplo, un año), siempre que la situación individual del nacional del tercer país de que se trate no haya cambiado significativamente, de hecho o de Derecho (por ejemplo, cambio de la situación jurídica, riesgo de devolución) y sin perjuicio de los derechos a ser oído y a la tutela judicial efectiva.

Como norma general, el criterio pertinente para determinar cuál es el Estado miembro encargado de llevar a cabo los procedimientos de retorno es el lugar de detención. Ejemplo: si un migrante irregular entra en la UE por un Estado miembro A (sin ser detectado), viaja a continuación por los Estados miembros B y C (sin ser detectado) y finalmente es detenido en el Estado miembro D, el Estado miembro D es el encargado de llevar a cabo el procedimiento de retorno. La reanudación temporal de los controles fronterizos internos entre los Estados Schengen no afecta a este principio. En los apartados 5.2, 5.3, 5.4, 5.5 y 5.8 se establecen excepciones a esta regla general.

Aclaraciones adicionales:

- Paralelamente a la adopción de una decisión de retorno se puede imponer una multa administrativa por situación irregular con arreglo a la legislación nacional. Sin embargo, esa multa no sustituirá la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno y llevar a cabo la expulsión (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-38/14, Zaizoune).
- Las decisiones de retorno indicarán la obligación de que el nacional de un tercer país abandone el territorio del Estado miembro que las dicte con el fin de llegar a un tercer país, de conformidad con la definición de «retorno» (véase el apartado 1.3) o, en otras palabras, que el nacional de un tercer país abandone el territorio de los Estados miembros de la UE y de los países asociados a Schengen. La falta de claridad sobre la obligación que incumbe al nacional de un tercer país puede tener la consecuencia involuntaria de crear un riesgo de movimientos secundarios no autorizados.
- También se deben adoptar decisiones de retorno con arreglo a la Directiva relativa al retorno cuando se lleve a cabo un procedimiento de retorno por medio de un acuerdo de readmisión: el uso de acuerdos de readmisión con terceros países (que regulen las relaciones entre los Estados miembros de la UE y terceros países) no afecta a la aplicación plena e inclusiva de la Directiva relativa al retorno (que regula la relación entre el Estado que expulsa y la persona retornada) en cada caso concreto de retorno. De hecho, al aplicar un acuerdo de readmisión se presupone que previamente se ha dictado una decisión de retorno.
- La legislación nacional puede prever la obligación de que un nacional de un tercer país abandone el territorio de la UE si se encuentra en situación irregular. Tal obligación jurídica abstracta no constituye una decisión de retorno. Debe sustanciarse en cada caso mediante una decisión de retorno individualizada.
- Los sistemas informáticos pertinentes de la Unión, como el Sistema de Información de Schengen II («SIS II»), Eurodac y el Sistema de Información de Visados («VIS»), deben ser plenamente utilizados por las autoridades nacionales competentes a fin de apoyar la identificación y la evaluación individual de cada caso, así como para facilitar y respaldar la cooperación entre los Estados miembros en los procedimientos de retorno y readmisión.
- Los Estados miembros deben establecer medidas eficaces y proporcionadas para localizar, detectar y detener a los nacionales de terceros países que estén en situación irregular en su territorio con el fin de cumplir la obligación de dictar decisiones de retorno. A este respecto, cabe recordar que el artículo 13, apartado 1, del CFS establece que los Estados miembros detendrán y someterán a procedimientos de retorno a los nacionales de terceros países que hayan cruzado las fronteras exteriores de forma irregular y que no tengan derecho de estancia en la UE. El artículo 14 de la Directiva relativa a las sanciones aplicables a los empleadores dispone, además, que los Estados miembros velarán por que se lleven a cabo inspecciones eficaces y adecuadas en sus territorios para controlar el empleo de nacionales de terceros países en situación irregular.

### Prácticas de detención — Respeto de los derechos fundamentales

La obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno para cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio está sujeta al respeto de los derechos fundamentales, incluido el principio de proporcionalidad (considerando 24). El objetivo legítimo de la lucha contra la migración ilegal se puede ponderar con otros intereses legítimos del Estado, como las consideraciones generales de salud pública, el interés del Estado en la lucha contra la delincuencia, el interés en contar con un registro de nacimientos exhaustivo, el respeto del interés superior del niño (destacado de manera expresa en el considerando 22) o la Convención de Ginebra (destacada en el considerando 23), así como otros derechos fundamentales reconocidos en la CDF.

La Comisión se remite a las consideraciones expuestas en el documento de la Agencia de los Derechos Fundamentales de 2012 «*Apprehension of migrants in an irregular situation — fundamental rights considerations*» [«Detención de migrantes en situación irregular — Consideraciones sobre los derechos fundamentales» (documento 13847/12 del Consejo)] como orientación sobre el modo en que pueden llevarse a cabo las prácticas de detención respetando los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países, a la vez que se garantizan unos procedimientos de retorno eficaces. Cabe considerar que las prácticas de los Estados miembros que cumplen esta orientación no afectan a la obligación de dictar decisiones de retorno contra los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno:

#### *Acceso a la sanidad:*

Los migrantes en situación irregular en busca de asistencia médica no deben ser detenidos en centros médicos ni cerca de ellos.

No se debe obligar a los centros médicos a que compartan con los servicios policiales los datos personales de los migrantes con fines de retorno.

#### *Acceso a la educación:*

Los migrantes en situación irregular no deben ser detenidos en la escuela a la que asisten sus hijos ni cerca de ella.

No se debe obligar a las escuelas a que compartan con los servicios policiales los datos personales de los migrantes con fines de retorno.

#### *Libertad religiosa:*

Los migrantes en situación irregular no deben ser detenidos en establecimientos religiosos ni cerca de ellos mientras practican su religión.

#### *Registro de nacimientos:*

Los migrantes en situación irregular deben poder registrar el nacimiento de sus hijos y obtener la partida de nacimiento de estos sin correr el riesgo de ser detenidos.

No se debe obligar a los registros civiles que emiten partidas de nacimiento a que compartan con los servicios policiales los datos personales de los migrantes con fines de retorno.

#### *Acceso a la justicia:*

En interés de la lucha contra la delincuencia, los Estados miembros pueden plantearse la posibilidad de que las víctimas y los testigos puedan denunciar delitos sin temor a ser detenidos. Con este fin, se pueden tomar en consideración las buenas prácticas siguientes:

- introducir la posibilidad de mecanismos eficaces de denuncia anónimos o semianónimos, o de otro tipo,
- ofrecer a las víctimas y a los testigos de delitos graves la posibilidad de acudir a la policía por medio de terceros (como un defensor de los migrantes, funcionarios especializados o entidades que brinden asistencia humanitaria y jurídica),
- definir las condiciones en las que a las víctimas o los testigos de un delito, incluidos los de violencia doméstica, se les podrían conceder permisos de residencia basándose en las normas previstas en la Directiva 2004/81/CE del Consejo <sup>(1)</sup> y la Directiva 2009/52/CE,

<sup>(1)</sup> Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DO L 261 de 6.8.2004, p. 19).

- tomar en consideración la necesidad de desvincular el estatuto de inmigrantes de las víctimas de violencia del titular del permiso principal, cuando este sea al mismo tiempo el autor del acto violento,
- redactar folletos, en cooperación con las inspecciones de trabajo u otras entidades pertinentes, para informar de manera sistemática y objetiva a los migrantes detenidos en su lugar de trabajo de las posibilidades existentes de denunciar a sus empleadores, basándose en la Directiva 2009/52/CE, y, en este contexto, adoptar medidas para salvaguardar las pruebas pertinentes.

Los migrantes en situación irregular que busquen asistencia jurídica no deben ser detenidos en sindicatos u otras entidades que ofrezcan este tipo de ayuda ni cerca de ellos.

Además, la Comisión recomienda que los nacionales de terceros países en situación irregular que deseen acceder a establecimientos dedicados a la prestación de servicios públicos que registren solicitudes de protección internacional o solicitudes de reconocimiento del estatuto de apátrida no sean detenidos en estas dependencias ni cerca de ellas.

## Casos particulares:

### 5.1. Detención en el curso de un control de salida

*Base jurídica:* artículo 6 de la Directiva relativa al retorno.

En determinadas circunstancias, también se puede adoptar una decisión de retorno cuando se detiene a un nacional de un tercer país en situación irregular en la frontera exterior de la UE al salir del territorio de la UE, tras un análisis casuístico y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. Ello se podría justificar si se detecta una estancia excesivamente prolongada o una estancia irregular en el control de salida. En tales casos, los Estados miembros podrían incoar un procedimiento de retorno al tener conocimiento de una estancia irregular y llevar adelante el procedimiento hasta que se dicte una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada en rebeldía (respetando las garantías procesales establecidas en los apartados 11.3 y 12).

Aunque en esta situación específica la persona de que se trate esté a punto de abandonar la UE, podría tener sentido dictar una decisión de retorno, pues esta permite a los Estados miembros dictar también una prohibición de entrada para evitar más entradas y el posible riesgo de una estancia irregular.

La Comisión insta a los Estados miembros a que establezcan procedimientos para dictar decisiones de retorno y, cuando proceda, prohibiciones de entrada directamente en los aeropuertos y pasos fronterizos exteriores, o, en el caso de las prohibiciones de entrada, en rebeldía (véase el apartado 11.3) para estos casos específicos.

Cuando un nacional de un tercer país haya superado el plazo de estancia previsto en su visado o permiso en un primer Estado miembro y abandone la UE por un segundo Estado miembro o Estado miembro de tránsito, la decisión de retorno y la prohibición de entrada deberán ser dictadas por el segundo Estado miembro (una persona que permanece en la Unión una vez expirado el plazo de estancia legal normalmente también estará en situación irregular, en el sentido de la Directiva relativa al retorno, en el segundo Estado miembro o Estado miembro de tránsito).

### 5.2. Titulares de decisiones de retorno dictadas por otro Estado miembro

*Base jurídica:* Directiva 2001/40/CE del Consejo <sup>(1)</sup>.

*Recordatorio/explicación:* el efecto de una decisión de retorno dictada por un Estado miembro en otro Estado miembro era el objeto del capítulo V de la propuesta de la Comisión de 2005 de la Directiva relativa al retorno («Detención en otros Estados Miembros»). Sin embargo, dicho capítulo, así como el artículo 20 de la propuesta de Directiva de la Comisión que preveía derogar la Directiva 2001/40, fue suprimido durante las negociaciones, y la Directiva 2001/40 siguió vigente. La Directiva 2001/40/CE permite expresamente el reconocimiento de una decisión de retorno dictada por la autoridad competente de un Estado miembro contra un nacional de un tercer país presente en el territorio de otro Estado miembro. El artículo 6 de la Directiva relativa al retorno no menciona expresamente el caso de que un segundo Estado miembro reconozca una decisión de retorno dictada por un primer Estado miembro de conformidad con la Directiva 2001/40/CE. Una interpretación literal del artículo 6, que, en ese caso, exigiría que el Estado miembro donde se reconociera la decisión de retorno dictase una segunda decisión de retorno plena de conformidad con la Directiva 2008/115/CE, privaría a la Directiva 2001/40/CE de cualquier valor añadido. Para que la continuidad de la existencia de la Directiva 2001/40/CE tuviera un efecto útil era necesario buscar una interpretación que confiriese un significado útil a la coexistencia continuada de ambas Directivas.

<sup>(1)</sup> Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DO L 149 de 2.6.2001, p. 34).

Si un Estado miembro A detiene a una persona que ya es objeto de una decisión de retorno dictada por un Estado miembro B, el Estado miembro A puede elegir entre:

- a) dictar una nueva decisión de retorno con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno, o
- b) trasladar a la persona al Estado miembro B, en virtud de un acuerdo bilateral vigente, en cumplimiento del artículo 6, apartado 3, de la Directiva relativa al retorno, o
- c) reconocer la decisión de retorno dictada por el Estado miembro B de conformidad con la Directiva 2001/40/CE.

El Estado miembro A que reconozca la decisión de retorno dictada por el Estado miembro B de conformidad con la Directiva 2001/40/CE seguirá estando obligado a aplicar las garantías relativas a la ejecución del retorno (expulsión) previstas en la Directiva relativa al retorno al aplicar la decisión de retorno reconocida.

El reconocimiento recíproco de las decisiones de retorno puede aportar un valor añadido considerable en determinadas circunstancias, principalmente en el contexto del tránsito de personas retornadas por tierra (véase el apartado 6.4). La Comisión insta a los Estados miembros a hacer uso de la opción del reconocimiento recíproco, siempre que ello ayude a acelerar los procedimientos de retorno y reducir la carga administrativa.

### 5.3. Relación con las normas de Dublín

*Base jurídica:* artículos 19 y 24 del Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(1)</sup> («Reglamento de Dublín»).

El artículo 6 de la Directiva relativa al retorno no menciona expresamente el caso de que un segundo Estado miembro haga uso de la posibilidad que brinda el Reglamento de Dublín de pedir a un primer Estado miembro que se haga cargo de un nacional de un tercer país en situación irregular. Una interpretación literal del artículo 6, que en ese caso exigiría que el segundo Estado miembro dictase también una decisión de retorno plena de conformidad con la Directiva 2008/115/CE, privaría a las normas de Dublín pertinentes de su valor añadido. El texto del nuevo Reglamento de Dublín regula de manera expresa esta cuestión y dispone normas claras que articulan la aplicación de la Directiva relativa al retorno y el Reglamento de Dublín.

Los casos en los que el nacional de un tercer país haya solicitado asilo y haya obtenido un derecho de estancia como solicitante de asilo en el segundo Estado miembro escapan al ámbito de aplicación de la Directiva relativa al retorno, pues los nacionales de terceros países tienen derecho a permanecer como solicitantes de asilo y, por tanto, no se pueden considerar en situación irregular en el segundo Estado miembro.

Por otra parte, los casos en los que el nacional de un tercer país no haya solicitado asilo y no haya obtenido un derecho de estancia como solicitante de asilo en el segundo Estado miembro entran en el ámbito de aplicación de la Directiva relativa al retorno. Podrían contemplarse las siguientes situaciones <sup>(2)</sup>:

- a) El nacional de un tercer país tiene el estatuto de solicitante de asilo en el primer Estado miembro (procedimiento en curso, aún no hay decisión definitiva). En este caso se aplica el Reglamento de Dublín, pues el principio subyacente es que las necesidades de protección internacional de todos los nacionales de terceros países que presenten una solicitud de asilo en uno de los Estados miembros deben ser evaluadas íntegramente por un Estado miembro. Un Estado miembro no puede retornar al nacional de un tercer país a un tercer país: en su lugar, puede enviarlo al Estado miembro responsable en virtud del Reglamento de Dublín con el fin de que se examine su solicitud.
- b) El nacional de un tercer país ha retirado su solicitud de asilo en el primer Estado miembro. Si la retirada de la solicitud *ha dado lugar a su denegación* (sobre la base de los artículos 27 o 28 de la Directiva relativa a los procedimientos de asilo refundida), se pueden aplicar las normas descritas a continuación en la letra c) (elección entre la aplicación de las normas de Dublín y la Directiva relativa al retorno). Si la retirada de la solicitud *no ha dado lugar a su denegación*, se aplica el Reglamento de Dublín (como *lex specialis*), pues el principio subyacente es que las necesidades de protección internacional de todos los nacionales de terceros países que presenten una solicitud de asilo en uno de los Estados miembros deben ser evaluadas íntegramente por un Estado miembro.
- c) El nacional de un tercer país ha sido objeto de una decisión definitiva en el primer Estado miembro por la que se le deniega la solicitud de asilo. En este caso, se puede elegir entre aplicar el Reglamento de Dublín o la Directiva relativa al retorno. En el Reglamento de Dublín, esta elección queda claramente regulada en el artículo 24, apartado 4, y se añade la aclaración de que, desde el momento en que las autoridades decidan formular una solicitud en el marco del Reglamento de Dublín, la aplicación de la Directiva relativa al retorno y los procedimientos de retorno quedan suspendidos y solo se aplican las normas de Dublín (lo cual también afecta a las normas sobre internamiento y sobre vías de recurso).

<sup>(1)</sup> Reglamento (UE) n.º 604/2013 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 L 180 de 29.6.2013, p. 31).

<sup>(2)</sup> Los ejemplos que se dan se han simplificado con fines explicativos. En la práctica, cada caso se debe evaluar atendiendo a las circunstancias individuales.

d) El nacional de un tercer país ya había sido objeto de un retorno o una expulsión satisfactorios (tras la denegación o la retirada de una solicitud de asilo) del primer Estado miembro a un tercer país. En este contexto, si el nacional de un tercer país vuelve a entrar en el territorio de la UE, el Reglamento de Dublín dispone claramente en su artículo 19, apartado 3, que el primer Estado miembro deja de ser responsable del nacional del tercer país y, por consiguiente, no se puede prever un traslado a ese Estado miembro. En este caso se aplicará la Directiva relativa al retorno.

Ejemplos prácticos:

- Un solicitante de protección internacional en un Estado miembro A viaja sin tener derecho a ello a un Estado miembro vecino B (cruzando fronteras interiores) donde la policía lo detiene. Al estar sujeto al Reglamento de Dublín, es trasladado de vuelta del Estado miembro B al Estado miembro A. En este caso, ¿debe el Estado miembro B dictar una decisión de retorno contra esta persona por encontrarse en situación irregular en su territorio?
  - Las normas de Dublín prevalecen. El Estado miembro B no puede dictar una decisión de retorno.
- En el mismo supuesto, ¿puede el Estado miembro A dictar una decisión de retorno (junto con una prohibición de entrada que se aplazará hasta que se complete el procedimiento de asilo)?
  - No. Si una persona disfruta de un derecho de estancia como solicitante de asilo en un Estado miembro A, su situación en ese Estado no es irregular en el sentido de la Directiva relativa al retorno, y el Estado miembro A no puede dictar una decisión de retorno.
- Un nacional de un tercer país al que el Estado miembro A ha concedido protección internacional se encuentra en situación irregular en el Estado miembro B (por ejemplo, supera los noventa días de estancia). ¿Es aplicable la Directiva relativa al retorno en este caso? ¿Qué procedimientos se habrán de aplicar si esa persona se niega a regresar voluntariamente al primer Estado miembro que le ha concedido protección?
  - El Reglamento de Dublín no contiene normas sobre el traslado de los beneficiarios de protección internacional. Por consiguiente, se aplicará el régimen general previsto en el artículo 6, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno. Esto implica que el Estado miembro B tendrá que pedir a esa persona que regrese al Estado miembro A y, si esa persona no lo hace de manera voluntaria, el Estado miembro B tendrá que considerar la posibilidad de dictar una decisión de retorno, teniendo en cuenta todas las garantías previstas en la Directiva relativa al retorno, incluido, en particular, el principio de no devolución. En determinadas circunstancias, cuando el retorno o la expulsión a un tercer país no sean posibles y el traslado a otro Estado miembro se pueda calificar de medida más favorable (véase el apartado 3), el Estado miembro B podrá efectuar el traslado de esa persona al Estado miembro A; los procedimientos relativos al traslado de los nacionales de terceros países en situación irregular a otro Estado miembro se rigen por el Derecho nacional.
- Un nacional de un tercer país al que se le han tomado las impresiones dactilares tras su entrada irregular en el Estado miembro A, y que no ha solicitado asilo en el Estado miembro A, es detenido posteriormente en el Estado miembro B. ¿Puede el Estado miembro B trasladarlo de vuelta al Estado miembro A de conformidad con las normas de Dublín?
  - No. Dado que no hay ninguna relación con un procedimiento de asilo, el Reglamento de Dublín no es de aplicación.

#### 5.4. Nacional de un tercer país en situación irregular titular de un derecho de estancia en otro Estado miembro

*Base jurídica:* artículo 6, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno.

*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.*

Esta disposición, que sustituye a una norma similar contenida en el artículo 23, apartados 2 y 3, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (CAS) <sup>(1)</sup>, establece que no se ha de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país en situación irregular que sea titular de un permiso válido de estancia en otro Estado miembro. En tales casos, se debe exigir en primer lugar al nacional del tercer país que se dirija de inmediato al territorio del Estado miembro donde disfruta de un derecho de estancia. Solo se debe adoptar una decisión de retorno si la persona en cuestión no atiende a esta exigencia o en caso de riesgo para el orden público o la seguridad nacional.

<sup>(1)</sup> Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO L 239 de 22.9.2000, p. 19).

## Aclaraciones adicionales:

- La forma que adopte la exigencia de dirigirse «de inmediato al territorio de dicho Estado miembro» se determinará de conformidad con el Derecho nacional. Se recomienda dictar decisiones por escrito y motivadas. A fin de evitar confusiones, la decisión no se debe etiquetar como «decisión de retorno».
- Plazo para trasladarse a otro Estado miembro: no se pueden dar indicaciones generales sobre el tiempo que debe transcurrir entre la exigencia de dirigirse al territorio de otro Estado miembro y el momento en que se dicte una decisión de retorno de conformidad con el artículo 6, apartado 1. Se deberá optar por un plazo adecuado de acuerdo con la legislación nacional, teniendo en cuenta las circunstancias individuales, el principio de proporcionalidad y el hecho de que en la disposición legal se utilice la expresión «de inmediato». El tiempo que transcurra entre el momento en que se exija a la persona en cuestión dirigirse al otro Estado miembro y el momento en que se dicte la decisión de retorno de conformidad con el artículo 6, apartado 1, no se deberá contar como parte de un eventual plazo de salida voluntaria, pues el plazo de salida voluntaria es un elemento de la decisión de retorno y empezará a contar desde la fecha en que se dicte la decisión de retorno.
- Control de la salida a otro Estado miembro: el Derecho de la Unión no especifica cómo se ha de controlar el cumplimiento de la obligación de dirigirse al otro Estado miembro. Los Estados miembros deben actuar de acuerdo con su legislación nacional para asegurarse de que sus decisiones son objeto de un seguimiento apropiado.
- Verificación de la validez de los permisos y autorizaciones expedidos por otro Estado miembro: en la actualidad no existe un sistema central de intercambio de información entre los Estados miembros sobre esta cuestión. Se insta a los Estados miembros a cooperar de manera bilateral y a facilitarse mutuamente y sin demora la información pertinente, con arreglo a la legislación nacional y a los acuerdos de cooperación bilateral. También se pueden utilizar con este fin los puntos de contacto nacionales existentes [por ejemplo, los enumerados en el anexo 2 del Manual Schengen <sup>(1)</sup>].
- La expresión «permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia» <sup>(2)</sup> es muy amplia y cubre cualquier estatuto concedido y cualquier permiso expedido por un Estado miembro que ofrezca un derecho de estancia legal, y no solo la aceptación de un aplazamiento temporal del retorno o la expulsión.

Esta expresión abarca los casos siguientes:

- visado de larga duración (claramente, ofrece un derecho de estancia),
- permiso humanitario temporal (siempre que ofrezca un derecho de estancia y no simplemente un aplazamiento del retorno),
- permiso de residencia caducado basado en un estatuto de protección internacional aún vigente (el estatuto de protección internacional no depende de la vigencia del documento que lo demuestra),
- visado válido en un documento de viaje no válido (caducado); de conformidad con la legislación pertinente de la Unión, no se permite expedir visados cuya validez supere a la del pasaporte. Por consiguiente, en la práctica el caso de un visado vigente en un pasaporte caducado no se debería dar nunca. Si, no obstante, esta situación se llegara a producir, el nacional de un tercer país interesado no deberá ser penalizado de manera indebida. Para una orientación detallada sobre las normas pertinentes en materia de visados, véase el Manual del visado actualizado, parte II, puntos 4.1.1 y 4.1.2 <sup>(3)</sup>.

Esta expresión no abarca los casos siguientes:

- los permisos de residencia caducados basados en estatutos de residencia caducados,
  - los pasaportes o permisos de residencia falsos o falsificados,
  - los documentos que certifiquen el aplazamiento temporal de una expulsión,
  - la tolerancia (siempre que no implique un derecho de estancia legal).
- Por regla general, no expulsión a otros Estados miembros: si 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 adoptar una decisión de retorno que disponga el retorno a un tercer país. No es posible trasladar a la persona al otro Estado miembro por la fuerza, salvo

<sup>(1)</sup> Recomendación de la Comisión C(2006) 5186, de 6 de noviembre de 2006, por la que se establece un «Manual práctico para guardias de fronteras (Manual Schengen)» común destinado a las autoridades competentes de los Estados miembros encargadas del control fronterizo de personas, y sus modificaciones posteriores.

<sup>(2)</sup> Esta expresión es una disposición «comodín» en sentido amplio, que abarca también los casos expresamente excluidos de la definición de «permiso de residencia» del artículo 2, apartado 16, letra b), incisos i) y ii), del CFS.

<sup>(3)</sup> Decisión C(2010) 1620 de la Comisión, de 19 de marzo de 2010, por la que se establece el Manual para la tramitación de las solicitudes de visado y la modificación de los visados expedidos, y sus modificaciones posteriores.

que un acuerdo bilateral entre Estados miembros, que ya estuviese en vigor el 13 de enero de 2009 (véase el apartado 5.5), contemple expresamente esta posibilidad o, 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.

- Imposibilidad de dictar prohibiciones de entrada en la UE al aplicar el artículo 6, apartado 2: al trasladar a un nacional de un tercer país en situación irregular a otro Estado miembro con arreglo al artículo 6, apartado 2, no se pueden dictar prohibiciones de entrada en la UE en virtud del artículo 11, pues este se aplica únicamente en relación con la adopción de decisiones de retorno, y no en el caso del mero «traslado» a otro Estado miembro. Por otra parte, desde un punto de vista práctico, no tiene sentido dictar una prohibición de entrada en la UE en una situación en la que la persona seguirá estando en situación regular en otro Estado miembro.
- Imposición de la salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional: en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 6, apartado 2, segunda frase, segundo caso, la persona de que se trate *deberá* ser objeto inmediatamente de una decisión de retorno y ser expulsada a un tercer país. El Estado miembro donde dicha persona disfrute de un derecho de estancia será informado de ello.

Ejemplo práctico:

- ¿Qué disposiciones de la Directiva relativa al retorno se deberán aplicar en relación con los nacionales de terceros países detectados en un Estado miembro A que posean un permiso de residencia válido expedido por un Estado miembro B y al mismo tiempo estén sujetos a una descripción en el SIS (prohibición de entrada) realizada por un Estado miembro C?
  - El Estado miembro A deberá aplicar el artículo 6, apartado 2, y exigir a la persona que vuelva al Estado miembro B. En cuanto a la coexistencia de una prohibición de entrada dictada por el Estado miembro C y un permiso de residencia expedido por el Estado miembro B, esta se debe aclarar entre el Estado miembro que haya introducido la descripción (C) y el Estado miembro que haya expedido el permiso (B), de conformidad con el artículo 25, apartado 2, del CAS.

#### 5.5. Nacional de un tercer país en situación irregular cubierto por acuerdos bilaterales vigentes entre Estados miembros

*Base jurídica:* artículo 6, apartado 3, de la Directiva relativa al retorno.

- Se puede consultar una lista indicativa de los acuerdos bilaterales de readmisión vigentes entre los Estados miembros en: <http://rsc.eu.eu/RDP/research/analyses/ra/>

*Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva (13 de enero de 2009). En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1.*

Esta disposición prevé, como excepción en forma de «cláusula de *statu quo*», la posibilidad de que los Estados miembros trasladen de vuelta a los migrantes irregulares a otros Estados miembros en virtud de acuerdos bilaterales vigentes el 13 de enero de 2009.

*Recordatorio/explicación:* esta disposición se incluyó en el texto de la Directiva relativa al retorno en una fase tardía de las negociaciones, a raíz de una insistente petición de ciertos Estados miembros que consideraban que la Directiva relativa al retorno no debía obligarles a modificar prácticas bien establecidas de transferencia o traslado de nacionales de terceros países en situación irregular a otros Estados miembros en virtud de acuerdos bilaterales.

El principio en el que se fundamenta la Directiva relativa al retorno es el retorno directo de los nacionales de terceros países en situación irregular desde la UE a terceros países. El artículo 6, apartado 3, de la Directiva establece, por lo tanto, una excepción que atañe únicamente a la obligación de los Estados miembros en cuyo territorio se encuentre el nacional del tercer país de dictar una decisión de retorno, obligación que recae en el Estado miembro que lo traslada de vuelta. No establece una excepción al ámbito de aplicación de la Directiva relativa al retorno adicional a las establecidas por el artículo 2, apartado 2: véase la sentencia del TJUE en el asunto C-47/15, *Affum* (apartados 82 a 85).

Aclaraciones adicionales:

- Aplicación posterior de acuerdos bilaterales entre los Estados miembros A-B y B-C: la Directiva relativa al retorno, y en particular su artículo 6, apartado 3, no prohíbe de manera explícita el traslado «dominó» en virtud de acuerdos bilaterales vigentes. Sin embargo, es importante que al final un Estado miembro lleve a cabo un procedimiento de retorno completo de conformidad con esta Directiva. Dado que este tipo de procedimientos subsiguientes es costoso para las administraciones y conlleva molestias adicionales para la persona retornada, se insta a los Estados miembros a abstenerse de seguir esta práctica.

- Imposibilidad de dictar prohibiciones de entrada en la UE al aplicar el artículo 6, apartado 3: al trasladar a un nacional de un tercer país en situación irregular a otro Estado miembro con arreglo al artículo 6, apartado 3, no se pueden dictar prohibiciones de entrada en la UE en virtud del artículo 11, pues este artículo se aplica únicamente en relación con la adopción de decisiones de retorno y no en el caso del mero «traslado» a otro Estado miembro. Por otra parte, desde el punto de vista práctico no tiene sentido dictar una prohibición de entrada en la UE cuando la persona no ha abandonado aún la UE. En lo referente a la posibilidad de dictar prohibiciones de entrada puramente nacionales en circunstancias excepcionales, con arreglo al artículo 25, apartado 2, del CAS, véase el apartado 11.8.
- Decisión de traslado de nacionales de terceros países a otro Estado miembro: dicha decisión constituye una de las medidas previstas por la Directiva relativa al retorno para poner fin a la estancia irregular y constituye una fase preparatoria para la expulsión del territorio de la Unión. Los Estados miembros deben, por lo tanto, adoptar tal decisión con diligencia y rápidamente, de modo que el traslado al Estado miembro responsable del procedimiento de retorno se lleve a cabo lo antes posible: véase la sentencia del TJUE en el asunto C-47/15, *Affum* (apartado 87).
- Dado que la noción de «retorno» en virtud de la Directiva relativa al retorno implica siempre el retorno a un tercer país, se recomienda denominar a este tipo de decisiones nacionales «decisión de transferencia» o «decisión de traslado» en lugar de «decisión de retorno».
- Cláusula de *statu quo*: el artículo 6, apartado 3, es una cláusula de *statu quo* expresa. Los Estados miembros solo pueden hacer uso de la opción que brinda el artículo 6, apartado 3, en relación con los acuerdos bilaterales de readmisión que entraron en vigor antes del 13 de enero de 2009. Los acuerdos vigentes renegociados o renovados después del 13 de enero de 2009 pueden seguir estando cubiertos por el artículo 6, apartado 3, si el acuerdo renegociado o renovado constituye una modificación del acuerdo vigente claramente etiquetada como tal. Si el acuerdo renegociado o renovado fuera un *aliud* (un acuerdo totalmente nuevo con diferente contenido), dejaría de estar cubierto por el artículo 6, apartado 3.
- Acuerdos de readmisión entre los Estados Schengen y el Reino Unido: a efectos de la interpretación del artículo 6, apartado 3, el Reino Unido se ha de considerar un Estado miembro.

#### 5.6. Nacional de un tercer país en situación irregular beneficiario de un permiso o autorización de carácter humanitario (u otro)

*Base jurídica:* artículo 6, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno.

*Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el período de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia.*

Los Estados miembros son libres de conceder en cualquier momento un permiso o derecho de estancia a un nacional de un tercer país en situación irregular. En este caso, se archivarán todos los procedimientos de retorno pendientes y se revocarán o suspenderán todas las decisiones de retorno y órdenes de expulsión dictadas. Lo mismo sucederá en aquellos casos en los que los Estados miembros hayan de conceder un derecho de estancia, por ejemplo, tras la presentación de una solicitud de asilo.

Corresponde a los Estados miembros decidir qué enfoque adoptar (revocación o suspensión de la decisión de retorno), teniendo en cuenta el carácter y la duración probable del permiso o derecho de estancia concedido y la necesidad de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno. No obstante, de conformidad con la sentencia del TJUE en el asunto C-601/15, *J.N.* <sup>(1)</sup> (apartados 75 a 80), si un Estado miembro concede el derecho a permanecer en su territorio a un nacional de un tercer país que ha solicitado protección internacional y que ya había sido objeto de una decisión de retorno antes de la solicitud, los Estados miembros deben suspender la ejecución de la decisión de retorno (y no revocar la decisión) hasta que se adopte una decisión sobre la solicitud de protección internacional (véase también el apartado 7).

#### 5.7. Nacional de un tercer país en situación irregular sujeto a un procedimiento pendiente de renovación de un permiso o autorización

*Base jurídica:* artículo 6, apartado 5, de la Directiva relativa al retorno.

*Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6.*

Los Estados miembros son libres de abstenerse de dictar una decisión de retorno contra los nacionales de terceros países en situación irregular que se encuentren a la espera de una decisión sobre la renovación de su permiso. Esta disposición tiene como finalidad proteger a los nacionales de terceros países que hayan permanecido en situación regular en un Estado miembro durante cierto tiempo y que, por demoras en el procedimiento de renovación de su permiso, pasen

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de febrero de 2016, en el asunto *J.N.*, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84.

a estar temporalmente en situación irregular. La disposición se refiere a un procedimiento pendiente de renovación de un permiso de residencia en el Estado miembro de detención («el Estado miembro»). Se insta a los Estados miembros a aplicar esta disposición en todos los casos en los que sea probable que la solicitud de renovación prospere y a dispensar a las personas interesadas al menos el mismo trato que se ofrece a las personas retornadas durante un plazo de salida voluntaria o durante un aplazamiento del retorno.

Esta disposición no cubre los procedimientos pendientes de renovación de un permiso de residencia en otro Estado miembro. No obstante, en determinadas circunstancias, el hecho de que una persona esté sujeta a un procedimiento pendiente de renovación de un permiso de residencia en otro Estado miembro puede justificar el aplazamiento del retorno de conformidad con el artículo 9, apartado 2, o la aplicación de medidas más favorables de conformidad con el artículo 4, apartado 3.

#### **5.8. Normas especiales de las directivas relativas a la migración regular sobre la readmisión entre Estados miembros en casos de movilidad intracomunitaria**

*Base jurídica:* artículo 23 de la Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(1)</sup> («Directiva relativa a los traslados intraempresariales»); artículos 12 y 22 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo <sup>(2)</sup> («Directiva relativa a los residentes de larga duración») [modificada por la Directiva 2011/51/UE del Consejo <sup>(3)</sup>]; artículo 18 de la Directiva 2009/50/CE del Consejo <sup>(4)</sup> («Directiva sobre la tarjeta azul»).

Estas directivas contienen normas particulares sobre la readmisión entre Estados miembros en casos de movilidad intracomunitaria de determinadas categorías de nacionales de terceros países (traslados intraempresariales, titulares de una tarjeta azul, residentes de larga duración). Tales disposiciones se han de considerar *leges speciales* (normas más específicas) que se han de cumplir en primer lugar en los casos expresamente regulados por dichas directivas

### **6. SALIDA VOLUNTARIA**

*Base jurídica:* artículo 7, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno.

*La decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4. Los Estados miembros podrán disponer en su legislación nacional que este plazo se concederá únicamente a petición del nacional de un tercer país interesado. En tal caso, los Estados miembros informarán a los nacionales de terceros países de que se trate de la posibilidad de presentar una solicitud en este sentido.*

Uno de los objetivos fundamentales de la Directiva relativa al retorno es fomentar la salida voluntaria. A menos que existan razones para pensar que menoscaba el objetivo del retorno, la salida voluntaria en cumplimiento de una obligación de retorno es preferible a la expulsión por el triple motivo de ser una opción de retorno más digna, segura y, con frecuencia, rentable.

Durante el plazo de salida voluntaria, el nacional de un tercer país de que se trate está sujeto a la obligación de retorno, pero esta obligación no puede ser ejecutada hasta la expiración de dicho plazo, o en caso de riesgo de fuga o para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, o en caso de que se desestime una solicitud de estancia legal por tratarse de una pretensión manifiestamente infundada o fraudulenta (véase el apartado 6.3). Se insta a los Estados miembros a brindar la posibilidad de la salida voluntaria al mayor número posible de personas retornadas y abstenerse de hacerlo únicamente en aquellos casos en los que exista riesgo de perjudicar la finalidad del procedimiento de retorno.

La última frase del artículo 7, apartado 1, permite a los Estados miembros decidir someter el acceso al plazo de salida voluntaria a la presentación de una solicitud por parte de los nacionales de terceros países. En tal caso, la información acerca de la posibilidad de solicitar un plazo para la salida voluntaria debe facilitarse individualmente a los nacionales de terceros países de que se trate. Pueden ser útiles las fichas de información general para los ciudadanos (por ejemplo, el anuncio de la posibilidad de presentar dicha solicitud en el sitio web de las oficinas de inmigración o la impresión y colocación de anuncios en los paneles de información sitios en las dependencias de las autoridades locales de inmigración), pero deben completarse con información individualizada. Esta información debe facilitarse a los menores de un modo apropiado a su edad y al contexto, y debe prestarse especial atención a la situación de los menores no acompañados.

Los Estados miembros pueden decidir también conceder un plazo para la salida voluntaria, previa solicitud, a determinadas categorías de nacionales de terceros países en situación irregular (por ejemplo, aquellos cuya solicitud de estancia legal sea manifiestamente infundada o fraudulenta) o para la obtención de ayuda (por ejemplo, ayuda a la reintegración), y concederlo sin solicitud previa en otros casos.

<sup>(1)</sup> Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales (DO L 157 de 27.5.2014, p. 1).

<sup>(2)</sup> Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16 de 23.1.2004, p. 44).

<sup>(3)</sup> Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional (DO L 132 de 19.5.2011, p. 1).

<sup>(4)</sup> Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DO L 155 de 18.6.2009, p. 17).

La Comisión recomienda conceder un plazo de salida voluntaria a petición de los nacionales de terceros países interesados, garantizando al mismo tiempo que la información necesaria para la presentación de la solicitud se proporciona debidamente y de forma sistemática a los nacionales de terceros países.

Programas de retorno voluntario asistido: mientras que la Directiva relativa al retorno no exige que los Estados miembros establezcan un programa de retorno voluntario asistido, su considerando 10 afirma que «con objeto de fomentar el retorno voluntario, los Estados miembros deben facilitar una mayor asistencia y asesoramiento para el retorno y deben hacer el mejor uso posible de las posibilidades de financiación pertinentes». Así pues, se insta encarecidamente a los Estados miembros a poner en marcha programas de retorno voluntario asistido en el curso de los procedimientos, como parte de los esfuerzos para promover un retorno más digno y humano y, en general, con el fin de aumentar la eficacia del retorno. Para facilitar el acceso a esos programas y garantizar que los nacionales de terceros países interesados tomen una decisión informada, los Estados miembros deben garantizar la suficiente difusión de la información sobre los programas de retorno voluntario y de retorno voluntario asistido, también en cooperación con las autoridades nacionales, que pueden estar en contacto directo con los nacionales de terceros países (por ejemplo, los servicios educativos, sociales y sanitarios), las organizaciones no gubernamentales y otros organismos. Esta información debe transmitirse a los menores de forma apropiada a su edad y al contexto. Los programas nacionales deben atenerse a las Normas comunes no vinculantes para los programas de asistencia al retorno voluntario (y a la reintegración) aplicadas por los Estados miembros <sup>(1)</sup>, desarrolladas por la Comisión en cooperación con los Estados miembros y refrendadas por el Consejo JAI en sus Conclusiones de los días 9 y 10 de junio de 2016 <sup>(2)</sup>.

El *Grupo de expertos en retorno (GER)* de la Red Europea de Migración (REM) tiene por mandato mejorar la cooperación práctica entre los Estados miembros y las partes interesadas en materia de programas de retorno, retorno voluntario asistido y reintegración. Debe constituir una herramienta fundamental para reunir y compartir información, y se insta a los Estados miembros a hacer un uso activo de ella.

Aclaraciones adicionales:

- El plazo de siete a treinta días constituye un principio general. Los Estados miembros tienen la obligación de fijar un plazo que se ajuste a este marco, salvo que circunstancias específicas del caso concreto justifiquen una ampliación de conformidad con el artículo 7, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno (véase el apartado 6.1).
- La concesión de un plazo de sesenta días como norma general sería incompatible con la armonización y la disciplina común, prevista en la Directiva relativa al retorno, de contar con un plazo de entre siete y treinta días, por lo que no se puede justificar como disposición más favorable con arreglo al artículo 4, apartado 3. Sin embargo, si los plazos de entre treinta y sesenta días (superiores al intervalo armonizado por el apartado 1) solo se conceden en circunstancias concretas (mencionadas en el apartado 2), el supuesto queda regulado por el artículo 7, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno.
- En consonancia con el derecho a ser oído consagrado en el artículo 41, apartado 2, de la CDF, los Estados miembros deben ofrecer a la persona retornada la posibilidad de especificar las circunstancias y necesidades individuales que se hayan de tener en cuenta para determinar qué plazo se concede, tanto en los casos en los que el plazo de salida voluntaria se fije de oficio como en aquellos en que se establezca a raíz de una solicitud de la persona retornada.
- Aunque la Directiva relativa al retorno prohíbe el retorno forzoso de un nacional de un tercer país en situación irregular durante el plazo de salida voluntaria, no impide a los Estados miembros incoar los procedimientos administrativos necesarios durante ese plazo con vistas a la posible ejecución de una decisión de retorno (por ejemplo, el establecimiento de contactos con las autoridades de terceros países para obtener documentos de viaje y la organización de la logística para la operación de expulsión).

Sobre la base de una evaluación individual de la situación de los nacionales de terceros países, y teniendo particularmente en cuenta la perspectiva del retorno y la voluntad del nacional de un tercer país de colaborar con las autoridades competentes, la Comisión recomienda que los Estados miembros concedan el plazo de salida voluntaria más breve que se requiera para organizar y llevar a cabo el retorno. Solo debe concederse un plazo superior a siete días cuando el nacional de un tercer país coopere activamente en el proceso de retorno.

### 6.1. Prórroga del plazo de salida voluntaria

*Base jurídica:* artículo 7, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno.

*Los Estados miembros prorrogarán cuando sea necesario el plazo de salida voluntaria durante un tiempo prudencial, atendiendo a las circunstancias concretas del caso de que se trate, como son la duración de la estancia, la existencia de niños escolarizados y la existencia de otros vínculos familiares y sociales.*

<sup>(1)</sup> Documento del Consejo 8829/16.

<sup>(2)</sup> Documento del Consejo 9979/16.

No existe un límite máximo preestablecido para prorrogar el plazo de salida voluntaria, y cada caso individual se deberá tratar atendiendo a sus circunstancias de acuerdo con la legislación nacional de aplicación y la práctica administrativa. Los Estados miembros disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de determinar si la prórroga del plazo para la salida voluntaria es «adecuada». Teniendo en cuenta la referencia del texto a los menores escolarizados, podrán concederse prórrogas del plazo de salida voluntaria hasta el final del semestre o del año escolar, o por la totalidad del año académico, siempre que ello redunde en el interés superior del menor y que todas las circunstancias pertinentes del caso se tengan debidamente en cuenta.

Podrá concederse desde el principio una prórroga del plazo superior a treinta días (en el momento en que se adopte la decisión de retorno), siempre que lo justifique la evaluación individual de las circunstancias del caso. No es necesario fijar primero un plazo de treinta días y prorrogarlo después.

La expresión «cuando sea necesario» hace referencia a circunstancias tanto en la esfera de la persona retornada como del Estado que ejecuta el retorno. Los Estados miembros disfrutan de poder discrecional en cuanto al contenido y el alcance de su legislación nacional de aplicación sobre esa cuestión.

Los tres casos particulares mencionados en el artículo 7, apartado 2 (duración de la estancia, niños escolarizados, vínculos familiares) deben respetarse en la legislación nacional de aplicación y la práctica administrativa. Las normas administrativas de los Estados miembros pueden ser más detalladas y ofrecer asimismo otros motivos para la prórroga, pero no deben ser menos precisas, en detrimento de la armonización.

## 6.2. Obligaciones en espera de la salida voluntaria

*Base jurídica:* artículo 7, apartado 3, de la Directiva relativa al retorno.

*Durante el plazo de salida voluntaria podrán imponerse determinadas obligaciones para evitar el riesgo de fuga, tales como la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza adecuada, la entrega de documentos o la obligación de permanecer en un lugar determinado.*

Las obligaciones establecidas en el artículo 7, apartado 3, de la Directiva relativa al retorno pueden imponerse cuando exista un riesgo de fuga que evitar. Si la evaluación individual del caso pusiera de manifiesto que no existen circunstancias particulares, tales obligaciones no estarán justificadas (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-61/11, *El Dridi*, apartado 37: «Del artículo 7, apartados 3 y 4, de la citada Directiva resulta que únicamente en circunstancias excepcionales, como la existencia de riesgo de fuga, los Estados miembros podrán imponer al destinatario de una decisión de retorno la obligación de presentación periódica ante las autoridades, de depósito de una fianza adecuada, de entrega de documentos o de permanecer en un lugar determinado, por un lado, o bien podrán conceder un plazo de salida voluntaria inferior a siete días, o incluso abstenerse de conceder tal plazo, por otro lado». La Comisión recomienda a los Estados miembros que utilicen dicha posibilidad cuando exista un riesgo de fuga que evitar durante el plazo para la salida voluntaria.

Se ha de tener presente que la posibilidad de los Estados miembros de imponer ciertas obligaciones puede constituir una ventaja para la persona retornada, pues puede conllevar la concesión de un plazo de salida voluntaria en casos en que normalmente no podrían disfrutar del mismo.

No es posible proponer una cifra aplicable en general como «fianza adecuada». En cualquier caso, se ha de respetar el principio de proporcionalidad, es decir, la cantidad debe tener en cuenta la situación individual de la persona retornada. La práctica actual en los Estados miembros prevé cantidades que varían entre 200 y 5 000 EUR.

En caso de que se requiera en un caso individual, las obligaciones mencionadas en el artículo 7, apartado 3, se pueden imponer también de manera acumulativa.

Al imponer obligaciones en virtud del artículo 7, apartado 3, los Estados miembros deben tener en cuenta la situación individual de la persona retornada y velar por el pleno respeto del principio de proporcionalidad. Los Estados miembros deben evitar imponer obligaciones que no se podrán cumplir *de facto* (por ejemplo, si una persona no posee pasaporte, no podrá presentarlo).

## 6.3. Contraindicaciones

*Base jurídica:* artículo 7, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno.

*Si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un período inferior a siete días.*

Los Estados miembros son libres de abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria en los casos, enumerados taxativamente en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno, en los que existe una «contraindicación», es decir, cuando el nacional de un tercer país plantea un riesgo de fuga (véase el apartado 1.6) o representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional (por ejemplo, condenas anteriores por delitos graves cometidos también en otros Estados miembros), y cuando su solicitud de estancia legal (por ejemplo, solicitud de asilo o de renovación del permiso) ha sido desestimada por ser manifiestamente infundada o fraudulenta.

Cuando, sobre la base de una evaluación individual, pueda afirmarse que dichas «contraindicaciones» existen en un caso concreto, no debe concederse un plazo para la salida voluntaria y solo debe concederse un plazo inferior a siete días si no impide que las autoridades nacionales lleven a cabo la expulsión.

No obstante, los Estados miembros podrán modificar su evaluación de la situación en todo momento (un retornado que anteriormente no cooperara puede cambiar de actitud y aceptar una oferta de retorno voluntario asistido) y conceder un plazo para la salida voluntaria, aunque al principio hubiera riesgo de fuga.

Aclaraciones adicionales:

- No se puede excluir en general a todas las personas que entran de manera irregular de la posibilidad de obtener un plazo de salida voluntaria. Esta norma generalizadora sería contraria a la definición de riesgo de fuga, al principio de proporcionalidad y a la obligación de realizar una evaluación caso por caso, y menoscabaría el efecto útil del artículo 7 (fomento de la salida voluntaria).
- Es posible excluir, de conformidad con el artículo 7, apartado 4, a los nacionales de terceros países que hayan presentado solicitudes abusivas. El artículo 7, apartado 4, regula de manera expresa las solicitudes manifiestamente infundadas o fraudulentas. Las solicitudes abusivas suelen estar relacionadas con un comportamiento más censurable que las solicitudes manifiestamente infundadas. Por lo tanto, se debe interpretar que el artículo 7, apartado 4, cubre asimismo las solicitudes abusivas.
- También es posible excluir a las personas que plantean un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. En el asunto C-554/13, *Zh. y O.* <sup>(1)</sup>, el TJUE aclaró a este respecto que, esencialmente, los Estados miembros gozan de libertad para definir las exigencias de orden público de conformidad con sus necesidades nacionales. El concepto de «riesgo de fuga» es distinto del concepto de «riesgo para el orden público». El concepto de «riesgo para el orden público» presupone, además de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Un Estado miembro no puede considerar que un nacional de un tercer país plantea un riesgo para el orden público simplemente porque sea sospechoso de haber cometido un acto tipificado como delito conforme al Derecho nacional o porque haya sido condenado penalmente por tal acto. Otros factores, como la naturaleza y la gravedad del acto, el tiempo que haya transcurrido desde que fue cometido y cualquier cuestión relacionada con la fiabilidad de la sospecha de que el nacional de un tercer país de que se trate haya cometido el presunto delito, son también pertinentes para la evaluación individual que se ha de llevar a cabo en cada caso.

#### 6.4. Cumplimiento práctico — Tránsito por vía terrestre

*Anexo 39 del Manual Schengen, «Formulario normalizado para el reconocimiento de una decisión de retorno a efectos de tránsito por vía terrestre».*

*Mapa de los Estados miembros participantes (disponible como consulta ad hoc en el sitio web de la REM, retorno, 2015).*

*Recordatorio/explicación:* una persona retornada que pretenda abandonar el territorio de la UE por tierra dentro del plazo de salida voluntaria no dispone de un visado u otro permiso válido para transitar por otros Estados miembros hacia su país de origen y, por consiguiente, corre el riesgo de ser interceptada o detenida por la policía en su viaje y de ser objeto de una segunda decisión de retorno dictada por el Estado de tránsito. Esto va en contra del objetivo político de la Directiva relativa al retorno de fomentar un retorno eficaz, también mediante la salida voluntaria.

Expedir un visado de tránsito para la persona retornada sería una solución inapropiada e inadecuada, pues la concesión de visados a nacionales de terceros países en situación irregular que están obligados a abandonar el territorio va en contra de las normas de la UE sobre visados. Por otra parte, no parece que los Estados miembros de tránsito tengan ningún incentivo para expedir ese tipo de visados (riesgo de fuga o costes de expulsión) y, por tanto, en la práctica a menudo se negarían a expedir el visado. Un «salvoconducto europeo» para la persona retornada tampoco es una solución: en ausencia de una naturaleza y unos efectos jurídicos de dicho «salvoconducto» claramente definidos, desde un punto de vista estrictamente jurídico se seguiría considerando a la persona retornada en situación irregular en el Estado de tránsito, por lo que podría quedar sujeta a una nueva decisión de retorno de conformidad con el artículo 6, apartado 1.

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de junio de 2015, *Zh. y O.*, asunto C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377.

Una manera de evitar este problema es fomentar el retorno directo a los terceros países por vía aérea. Sin embargo, puede resultar caro y poco práctico para la persona retornada.

Un planteamiento expresamente recomendado por la Comisión es que los Estados miembros de tránsito reconozcan las decisiones de retorno dictadas por el primer Estado miembro de conformidad con el anexo 39 del Manual Schengen, «Formulario normalizado para el reconocimiento de una decisión de retorno a efectos de tránsito por vía terrestre» (publicado por la Comisión en septiembre de 2011, previa consulta a los Estados miembros interesados sobre los aspectos técnicos y discusión en el GT de Migración-Expulsión del Consejo de la Unión Europea).

De acuerdo con este planteamiento, el Estado miembro de tránsito puede reconocer la decisión de retorno, incluido el plazo de salida voluntaria, dictada por el primer Estado miembro, y permitir que la persona retornada transite sobre la base de la decisión reconocida y el plazo de salida voluntaria reconocido. Este planteamiento tiene la ventaja de que el Estado de tránsito no está obligado a dictar una nueva decisión de retorno y puede pedir al primer Estado miembro que le reembolse todos los costes relacionados con la expulsión si algo sale mal y el Estado de tránsito ha de hacerse cargo de los costes de expulsión de la persona retornada (en aplicación de la Decisión 2004/191/CE del Consejo <sup>(1)</sup>).

Se insta a los Estados miembros que sigan siendo reacios a hacer uso de esta opción voluntaria (ya como Estado miembro remitente, ya como Estado miembro destinatario) a adherirse a ella e informar de su participación a la Comisión y a los demás Estados miembros.

Aclaraciones adicionales:

- Forma de reconocimiento: la redacción amplia y general de la Directiva 2001/40/CE ofrece discrecionalidad en las modalidades prácticas (detalles procesales) del reconocimiento mutuo de acuerdo con las necesidades prácticas y la legislación nacional. El formulario propuesto en el anexo 39 del Manual Schengen es una posible manera de proceder, pero no la única.
- Desde el punto de vista jurídico, todos los elementos pertinentes de la decisión de retorno dictada por el Estado miembro A son reconocidos por el Estado miembro B, incluido el reconocimiento de la declaración de que un nacional de un tercer país está en situación irregular y disfruta de un plazo de salida voluntaria, con efecto en el territorio del Estado miembro B de reconocimiento.
- El Estado miembro de reconocimiento disfruta de tres «garantías» diferentes:
  - 1) el formulario normalizado del anexo 39 solo se aplica de manera voluntaria, lo que siempre deja a los Estados miembros la opción de no reconocer una decisión de retorno dictada por otro Estado miembro en un caso concreto;
  - 2) el primer Estado miembro solo puede conceder un plazo de salida voluntaria de conformidad con el artículo 7 si no hay «contraindicaciones», tales como el riesgo de fuga. La evaluación de la situación personal de las personas retornadas de conformidad con el artículo 7 que ha de llevar a cabo el primer Estado miembro puede ser una garantía útil para el Estado miembro de tránsito de reconocimiento;
  - 3) si algo va mal, en caso de que la persona retornada haya de ser expulsada y el Estado de tránsito haya de hacerse cargo de los costes de la expulsión, todos los costes relacionados con la expulsión se podrán imputar al primer Estado miembro en virtud de la Decisión 2004/191/CE.

## 6.5. Cumplimiento práctico — Tránsito por vía aérea

La Directiva 2003/110/CE del Consejo <sup>(2)</sup> sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea proporciona un marco legal para la cooperación entre las autoridades competentes en los aeropuertos de los Estados miembros de tránsito en relación con la expulsión por vía aérea, tanto con escolta como sin ella. Se puede interpretar que la expresión «repatriación o alejamiento sin escolta» de esta Directiva (adoptada cinco años antes que la Directiva relativa al retorno) cubre también la «salida voluntaria» en el sentido de la Directiva relativa al retorno <sup>(3)</sup>. La Comisión recomienda que, cuando se organice el tránsito por vía aérea en el contexto de la salida voluntaria, se haga un uso sistemático de la Directiva 2003/110/CE (véase también el apartado 7.2).

<sup>(1)</sup> Decisión 2004/191/CE del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DO L 60 de 27.2.2004, p. 55).

<sup>(2)</sup> Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DO L 321 de 6.12.2003, p. 26).

<sup>(3)</sup> NOTA: Esta interpretación no implica que la repatriación o alejamiento sin escolta sea sinónimo de salida voluntaria. La expresión «repatriación o alejamiento sin escolta» también puede cubrir los casos de retorno forzoso (expulsión) sin escolta policial.

## 6.6. Registro de la salida voluntaria

Actualmente no existe en la UE un sistema central para consignar la salida voluntaria. En los casos de tránsito por vía terrestre de las personas retornadas de conformidad con la recomendación formulada en el anexo 39 del Manual Schengen, la guardia de fronteras envía una confirmación por fax al Estado miembro que haya dictado la decisión de retorno. En los demás casos, en ocasiones las personas retornadas informan por medio de los consulados de los Estados miembros en terceros países. A veces, la guardia de fronteras que lleva a cabo el control de salida también registra la salida. La ausencia de un sistema central de la UE para consignar la salida voluntaria constituye una laguna, tanto en términos de verificación de la ejecución como desde el punto de vista estadístico. La propuesta de la Comisión de un Reglamento sobre el uso del Sistema de Información de Schengen para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular <sup>(1)</sup> tiene por objeto abordar esta situación.

A corto plazo, los Estados miembros deben poner en marcha medios para verificar si el nacional de un tercer país ha salido de la Unión, incluido el plazo para la salida voluntaria y sin asistencia, a fin de garantizar un control eficaz en caso de incumplimiento. Se insta a los Estados miembros a que hagan el mejor uso posible de los canales de información disponibles, y a tal efecto:

- 1) Inciten sistemáticamente a las personas retornadas a quienes se haya concedido un plazo de salida voluntaria a informar a las autoridades que hayan dictado la decisión de retorno (y la prohibición de entrada) de su salida con éxito. La persona retornada puede indicar su salida a la guardia de fronteras, en el momento de salir; en la representación consular de un Estado miembro en su país de origen, tras su retorno, o incluso por escrito, adjuntando pruebas suficientes. A fin de potenciar esta práctica, se adjuntará sistemáticamente a la decisión de retorno o al documento de viaje una hoja informativa en la que figuren el nombre y otros datos de identificación del nacional del tercer país, así como instrucciones y los datos de contacto de la autoridad que ha dictado la decisión, de tal forma que el guardia de fronteras pueda estampar un sello a la salida y devolver el documento a la autoridad de expedición como prueba de la salida. Esta hoja informativa puede especificar también las ventajas para la persona retornada de informar a las autoridades del éxito de su salida.
- 2) Pidan a la guardia de fronteras encargada de los controles de salida que, cuando sepan de la salida de un migrante irregular, averigüen si la persona retornada está sujeta a una decisión de retorno con un plazo de salida voluntaria y que, si es el caso, informen sistemáticamente de la salida de la persona retornada a las autoridades que hayan dictado la decisión de retorno.
- 3) Utilicen el anexo 39 (véase el apartado 6.4) para confirmar la salida de nacionales de terceros países en situación irregular que transiten por vía terrestre a través del territorio de un Estado miembro distinto del que dictó la decisión de retorno.

Los Estados miembros deben considerar, además, el establecimiento de contactos con las compañías aéreas para obtener información sobre si los nacionales de terceros países que fueron retornados sin escolta se encontraban a bordo del avión en el momento de la salida prevista.

## 7. EXPULSIÓN

*Base jurídica:* artículo 8, apartados 1 a 4, de la Directiva relativa al retorno.

1. *Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7.*
2. *En caso de que un Estado miembro haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, la decisión de retorno solo podrá hacerse cumplir una vez haya expirado dicho plazo, a no ser que durante el mismo surgiera un riesgo a tenor del artículo 7, apartado 4.*
3. *Los Estados miembros podrán adoptar por separado una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se ordene la expulsión.*
4. *En los casos en que los Estados miembros utilicen, como último recurso, medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, tales medidas serán proporcionadas y la fuerza ejercida no irá más allá de lo razonable. Se aplicarán según establezca la legislación nacional, de conformidad con los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad física del nacional de un tercer país de que se trate.*

La Directiva relativa al retorno establece un objetivo («hacer cumplir la decisión de retorno») que se debe conseguir de una manera eficaz y proporcionada con «todas las medidas necesarias», fijando las modalidades concretas (el «cómo») con arreglo a la legislación y a la práctica administrativa del Estado miembro. Véase a este respecto la sentencia del TJUE en el asunto C-329/11, Achoughbadian, apartado 36: «... los términos» medidas «y» medidas coercitivas «que en él figuran hacen referencia a toda actuación que conduzca, de forma eficaz y proporcionada, al retorno del interesado».

<sup>(1)</sup> COM(2016) 881 final.

Independientemente del deber de los nacionales de terceros países de cooperar en su identificación y solicitar los documentos necesarios a sus autoridades nacionales, la obligación de los Estados miembros de adoptar «todas las medidas necesarias» incluye también la oportuna solicitud al tercer país de readmisión de un documento de viaje o de identidad válido, o de que acepte la utilización del documento de viaje europeo para el retorno <sup>(1)</sup> si así estuviera previsto en los acuerdos o convenios en vigor con ese tercer país, con el fin de permitir el transporte físico del nacional del tercer país fuera del Estado miembro. La utilización del documento de viaje europeo para el retorno debe promoverse en las negociaciones y la aplicación de los acuerdos de readmisión bilaterales y de la UE o de otros convenios con terceros países. Los procedimientos administrativos con terceros países destinados a preparar la operación de expulsión (por ejemplo, la obtención de los documentos de viaje y autorizaciones necesarios) puede ponerse en marcha durante el plazo de salida voluntaria, sin poner en peligro al nacional del tercer país de que se trate (véase también el apartado 6).

Para reducir el impacto de los posibles abusos, en particular los relativos a las solicitudes de asilo infundadas, múltiples y de última hora, así como los recursos sin fundamento contra las decisiones relacionadas con el retorno o el asilo interpuestos con el único propósito de retrasar o frustrar la ejecución de las decisiones de retorno, la Comisión recomienda que los Estados miembros adopten medidas para organizar un procedimiento acelerado de examen de las solicitudes de protección internacional o, en su caso, procedimientos en las fronteras, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(2)</sup> («Directiva sobre los procedimientos de asilo»).

Frontera entre salida voluntaria y expulsión: el concepto de retorno es muy amplio y cubre el proceso de vuelta a un tercer país en cumplimiento (voluntario o forzoso) de una obligación de retorno. El concepto de expulsión es mucho más restringido, y se refiere a la ejecución de la obligación de retornar, es decir, al transporte físico fuera del Estado miembro. El TJUE ha destacado ya en los asuntos C-61/11, *El Dridi*, (apartado 41) y C-329/11, *Achoughbaban*, que la Directiva relativa al retorno prevé una «graduación de las medidas», que va de las voluntarias a las forzosas. En la práctica, existen numerosos casos que aúnan ambos elementos del retorno: el carácter forzoso (internamiento) y el carácter voluntario (posterior traslado voluntario sin necesidad de fuerza física). Se insta a los Estados miembros a hacer uso de las medidas menos intrusivas en todas las fases del procedimiento. Si las personas retornadas sujetas a expulsión o internamiento cambian de actitud y muestran voluntad de cooperar y salir voluntariamente, se anima y se autoriza a los Estados miembros a mostrarse flexibles.

Ejecución de una decisión de retorno tras la desestimación de una solicitud de protección internacional: en su sentencia en el asunto C-601/15, *J.N.* (apartados 75-76 y 80), el TJUE estableció que, tras la desestimación en primera instancia de una solicitud de asilo, la ejecución de una decisión de retorno dictada con anterioridad debe reanudarse en la fase en que fue interrumpida, y que los procedimientos de retorno no deben empezar de nuevo: «[...] el efecto útil de la Directiva 2008/115/CE exige que un procedimiento iniciado con arreglo a la citada Directiva, en cuyo marco se ha adoptado una decisión de retorno, en su caso acompañada [...] de una prohibición de entrada, pueda reanudarse en la fase en que fue interrumpido por la presentación de una solicitud de protección internacional una vez dicha solicitud ha sido desestimada en primera instancia [...]. A este respecto, tanto del deber de lealtad de los Estados miembros, derivado del artículo 4 TUE, apartado 3, y recordado en el apartado 56 de la sentencia *El Dridi* [...], como de las exigencias de eficacia [...], se deriva que la obligación impuesta a los Estados por el artículo 8 de dicha Directiva de proceder a la expulsión en las hipótesis recogidas en el apartado 1 de ese artículo debe cumplirse lo antes posible [...]. Esa obligación no se cumpliría si la expulsión se viese retrasada por el hecho de que, tras la desestimación en primera instancia de la solicitud de protección internacional, un procedimiento [...] debiera reanudarse no en la fase en que se interrumpió, sino desde su inicio».

La pena de prisión, como medida de Derecho penal aplicable a la situación irregular, no podrá ser nunca una «medida necesaria» en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno (véase el apartado 4). En consonancia con el artículo 6 de la CDF, relativo al derecho a la libertad, interpretado a la luz del artículo 5 del CEDH, la privación de libertad en el contexto del retorno solo está permitida a efectos de la expulsión de conformidad con el artículo 15 de la Directiva relativa al retorno (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-329/11, *Achoughbaban* (apartado 37): «[...] la imposición y la ejecución de una pena de prisión en el curso del procedimiento de retorno regulado en la Directiva 2008/115/CE no contribuyen a que se lleve a cabo la expulsión que dicho procedimiento persigue, esto es, a que se traslade físicamente al interesado fuera del Estado miembro de que se trata. Por tanto, dicha pena no constituye una» medida «o una» medida coercitiva «en el sentido del artículo 8 de la Directiva 2008/115/CE».

Los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta el estado de salud de los nacionales de terceros países a la hora de aplicar la Directiva relativa al retorno, de conformidad con el artículo 5, letra c); por otra parte, a la hora de ejecutar

<sup>(1)</sup> Reglamento (UE) 2016/1953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativo al establecimiento de un documento de viaje europeo para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y por el que se deroga la Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994 (DO L 311 de 17.11.2016, p. 13).

<sup>(2)</sup> Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DO L 180 de 29.6.2013, p. 60).

las decisiones de retorno de conformidad con el artículo 8, apartado 1, de la Directiva, actuarán con el debido respeto a la dignidad y la integridad física de los nacionales de terceros países. En el pleno respeto del derecho a la salud, y teniendo en cuenta que la Directiva no impone la obligación de llevar a cabo controles sanitarios sistemáticos o de emitir una declaración de «aptitud para volar» con respecto a todos los nacionales de terceros países expulsados, la Comisión recomienda que los Estados miembros adopten medidas destinadas a evitar posibles abusos relacionados con falsas certificaciones médicas presentadas por nacionales de terceros países que impedirían o suspenderían indebidamente la expulsión por motivos médicos (véase también el apartado 12.4), por ejemplo, garantizando la disponibilidad de personal médico cualificado designado por la autoridad nacional competente para emitir un dictamen médico objetivo e independiente sobre el caso concreto.

### 7.1. Expulsión por vía aérea

*Base jurídica:* artículo 8, apartado 5, de la Directiva relativa al retorno; Directrices comunes sobre las normas de seguridad en las expulsiones conjuntas por vía aérea anejas a la Decisión 2004/573/CE del Consejo <sup>(1)</sup>; artículo 28, apartado 3, del Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(2)</sup>.

*Al llevar a cabo expulsiones por vía aérea, los Estados miembros tendrán en cuenta las Directrices comunes sobre las normas de seguridad en las expulsiones conjuntas por vía aérea anejas a la Decisión 2004/573/CE.*

De conformidad con la Directiva relativa al retorno, los Estados miembros deberán tener en cuenta las Directrices comunes sobre las normas de seguridad en las expulsiones conjuntas por vía aérea anejas a la Decisión 2004/573/CE en el contexto de todas las expulsiones por vía aérea, y no solo, tal como se disponía inicialmente en la Decisión, en el contexto de las expulsiones conjuntas.

Por su naturaleza, algunas partes de dichas directrices están diseñadas para ser tenidas en cuenta únicamente en los vuelos conjuntos, como las normas relacionadas con la función y la distribución de las tareas de los Estados miembros organizadores y participantes, por lo que no pueden tenerse en cuenta en un contexto puramente nacional. Sin embargo, el resto de las directrices (véanse los extractos más pertinentes en el recuadro siguiente) también se deberán tomar en consideración en las operaciones de expulsión puramente nacionales.

---

#### DIRECTRICES COMUNES SOBRE LAS NORMAS DE SEGURIDAD EN LAS EXPULSIONES CONJUNTAS POR VÍA AÉREA

(extractos)

##### 1. FASE PREVIA AL RETORNO

###### 1.1.2. Estado de salud e historial médico

*El Estado miembro organizador y cada Estado miembro participante se asegurará de que el estado de salud de los repatriados de los que sean responsables sea adecuado para que, tanto desde un punto de vista legal como fáctico, puedan ser expulsados por vía aérea de manera segura. Se facilitarán los historiales médicos de los repatriados que presenten particularidades médicas conocidas o que necesiten recibir tratamiento médico. Los historiales deberán incluir los resultados de los reconocimientos médicos, un diagnóstico y la medicación necesaria en su caso para que se les pueda aplicar el tratamiento médico oportuno. [...]*

###### 1.1.3. Documentación

*El Estado miembro organizador y cada Estado miembro participante se asegurarán de que sus repatriados dispongan de documentos de viaje válidos y de cualesquiera otros documentos, certificados o historiales necesarios. Una persona autorizada guardará la documentación hasta la llegada al país de destino [...].*

###### 1.2.3. Empleo de escoltas del sector privado

*Cuando un Estado miembro participante utilice escoltas del sector privado, las autoridades de dicho Estado miembro dispondrán, por lo menos, de un representante oficial a bordo de la aeronave.*

---

<sup>(1)</sup> Decisión 2004/5738/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (DO L 261 de 6.8.2004, p. 28).

<sup>(2)</sup> Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (DO L 251 de 16.9.2016, p. 1).

#### 1.2.4. Cualificación y formación de los escoltas

Los escoltas destinados a bordo de los vuelos conjuntos tendrán que haber recibido de antemano una formación especial para llevar a cabo esta clase de misiones; asimismo se les proporcionará el apoyo médico que resulte necesario en función de la misión.

[...]

#### 1.2.5. Código de conducta de los escoltas

Los escoltas no irán armados. Podrán ir vestidos de civil, en cuyo caso llevarán un emblema distintivo a efectos de identificación. Cualquier otro personal de escolta debidamente acreditado también llevará un emblema distintivo.

Los escoltas se situarán estratégicamente dentro de la aeronave a fin de garantizar una seguridad óptima. Además, irán sentados junto a los repatriados que tengan bajo su responsabilidad.

#### 1.2.6. Disposiciones sobre el número de escoltas

El número de escoltas se determinará caso por caso tras un análisis de los riesgos potenciales y previas consultas mutuas. Se recomienda, en la mayoría de los casos, que su número sea por lo menos equivalente al de repatriados a bordo. Una unidad de reserva estará disponible por si fuera necesario su concurso (por ejemplo, en los casos de destinos muy lejanos).

### 2. FASE PREVIA A LA SALIDA EN EL AEROPUERTO DE SALIDA O DE ESCALA

#### 2.1. Transporte al aeropuerto y estancia en el mismo

En lo que respecta al transporte al aeropuerto y a la estancia en el mismo, será de aplicación lo siguiente:

- a) en principio, los escoltas y los repatriados deberán estar en el aeropuerto por lo menos tres horas antes de la salida del vuelo;
- b) se informará a los repatriados sobre la ejecución de su expulsión, haciéndoles saber que redundará en su beneficio cooperar plenamente con los escoltas. Asimismo, deberá quedar claro que no se tolerará ningún comportamiento perturbador y que este tipo de comportamientos no constituirá motivo para suspender la operación de expulsión;

[...]

#### 2.2. Registro, embarque y control de seguridad antes del despegue

Las medidas en cuanto a registro, embarque y control de seguridad antes del despegue serán las siguientes:

- a) los escoltas del Estado miembro en el que se esté desarrollando la operación de expulsión se encargarán del registro y ayudarán en el paso de las zonas de control;
- b) antes de embarcar en un vuelo conjunto, todos los repatriados serán sometidos a un cacheo meticuloso. Todos los objetos que puedan suponer una amenaza para la seguridad de las personas o para la seguridad del vuelo conjunto se confiscarán y se colocarán en la bodega de la aeronave;
- c) el equipaje del repatriado no se colocará en la cabina de pasajeros. Todos los equipajes depositados en la bodega de la aeronave serán revisados y se les pondrá una etiqueta con el nombre de su propietario. Cualquier objeto considerado peligroso con arreglo a las normas de la Organización de Aviación Civil Internacional se retirará del equipaje;
- d) el dinero y los objetos de valor se depositarán en una bolsa transparente etiquetada con el nombre del propietario. Se informará a los repatriados sobre el procedimiento relativo a los objetos y al dinero puestos aparte;

[...]

### 3. PROCEDIMIENTO DURANTE EL VUELO

[...]

#### 3.2. Uso de medidas coercitivas

El uso de medidas coercitivas se atenderá a lo siguiente:

- a) las medidas coercitivas se aplicarán con el debido respeto a los derechos individuales de los repatriados;
- b) podrán utilizarse medidas de fuerza contra aquellos individuos que se nieguen o se opongan a la expulsión. Todas las medidas coercitivas deberán ser proporcionadas y no irán más allá de un uso razonable de la fuerza. Deberán preservarse la dignidad y la integridad física del repatriado. Por consiguiente, en caso de duda, la operación de expulsión, incluido el empleo de medidas legales coercitivas a causa de la resistencia y peligrosidad del repatriado, se suspenderá con arreglo al principio de «ninguna expulsión a cualquier precio»;

- c) la medida coercitiva no deberá dificultar o poner en peligro la capacidad del repatriado para respirar normalmente. En caso de uso de la fuerza, el repatriado deberá permanecer boca arriba, sin que nada oprima o afecte a su tórax impidiéndole respirar normalmente;
- d) los repatriados que se resistan podrán ser inmovilizados por medios que no pongan en peligro su dignidad e integridad física;
- e) el Estado miembro organizador y cada Estado miembro participante establecerán de común acuerdo una lista de medidas coercitivas autorizadas antes de iniciar la operación de expulsión. El uso de sedantes para facilitar la expulsión está prohibido, sin perjuicio de las medidas de urgencia que se impongan para garantizar la seguridad del vuelo;
- f) deberá informarse de las medidas coercitivas autorizadas y prohibidas a todos los escoltas y estos deberán conocerlas;
- g) los repatriados a los que se apliquen medidas coercitivas permanecerán bajo constante vigilancia durante el vuelo;
- h) la decisión de retirar temporalmente una medida coercitiva competirá al responsable de la operación de expulsión o a su adjunto.

### 3.3. Personal médico e intérpretes

Se aplicarán las siguientes medidas con relación al personal médico y los intérpretes:

- a) en cada vuelo conjunto deberá viajar, por lo menos, un médico;
- b) el médico tendrá acceso a cualquier documento médico pertinente de los repatriados y se le informará, antes de la salida, de los que necesiten una atención médica particular. Las particularidades médicas no conocidas de antemano, que se descubran inmediatamente antes de la salida y puedan afectar a la ejecución de la expulsión, deberán ser evaluadas por las autoridades responsables;
- c) el médico será el único que podrá, después de realizado un diagnóstico médico preciso, administrar medicamentos a los repatriados. Se llevarán a bordo los medicamentos que el repatriado vaya a necesitar durante el vuelo;
- d) los repatriados podrán dirigirse al médico o a los escoltas directamente, o a través de un intérprete, en una lengua en la que puedan expresarse;
- e) el Estado miembro organizador velará por que se disponga del personal médico y los intérpretes adecuados para la operación de expulsión.

### 3.4. Documentación y supervisión de la operación de expulsión

#### 3.4.1. Grabación y observadores independientes

La grabación, en vídeo y/o sonora, o la supervisión por parte de observadores independientes de los vuelos conjuntos deberá ser concertada previamente entre el Estado miembro organizador y los Estados miembros participantes.

[...]

## 5. FASE DE LLEGADA

A la llegada:

[...]

- c) el Estado miembro organizador y cada Estado miembro participante harán entrega de los repatriados de los que sean responsables, con su respectivo equipaje y cualquier objeto que se les hubiera retirado antes del embarque, a las autoridades del país de destino. Los representantes principales del Estado miembro organizador y de los Estados miembros participantes serán los responsables de entregar a los repatriados a las autoridades locales a su llegada. Normalmente, los escoltas no saldrán de las aeronaves;
- d) cuando se considere oportuno y siempre que sea factible, el Estado miembro organizador y los Estados miembros participantes requerirán la ayuda del personal consular, de los funcionarios de enlace de inmigración o del personal enviado con anterioridad por los propios Estados miembros al país de destino para facilitar la entrega de los repatriados a las autoridades locales, en la medida en que ello sea compatible con el procedimiento y las prácticas nacionales;
- e) los repatriados no irán esposados ni serán expuestos a otros medios de coerción en el momento de ser entregados a las autoridades locales;
- f) la entrega de los repatriados se producirá fuera de la aeronave (al final de la pasarela o en locales adecuados del aeropuerto, lo que se considere más apropiado). En la medida de lo posible, se evitará que las autoridades locales suban a bordo de la aeronave;
- g) el tiempo de estancia en el aeropuerto de destino deberá limitarse al mínimo;
- h) competirá al Estado miembro organizador y a cada Estado miembro participante prever medidas de emergencia para los escoltas y representantes (así como para los repatriados a los que se haya negado la readmisión) ante la eventualidad de que se retrase la salida de la aeronave tras el desembarque de los repatriados. Estas medidas incluirán, en caso necesario, la pernoctación.

## 6. FRACASO DE LA OPERACIÓN DE EXPULSIÓN

*En caso de que las autoridades del país de destino no autoricen la entrada en su territorio, o que la operación no pueda culminarse por otros motivos, el Estado miembro organizador y cada Estado miembro participante se harán cargo, a sus propias expensas, del regreso de los repatriados de los que sean responsables a sus respectivos territorios.*

Aclaraciones adicionales:

- En principio, la escolta de personas retornadas por personal de seguridad de las líneas aéreas o por personal externo contratado es compatible con el artículo 8 de la Directiva relativa al retorno. No obstante, los Estados miembros tienen una responsabilidad general en la realización de la operación de expulsión (adopción de la orden de expulsión y uso proporcionado de las medidas coercitivas o la escolta). El apartado 1.2.3 de las Directrices establece: «Cuando un Estado miembro participante utilice escoltas del sector privado, las autoridades de dicho Estado miembro dispondrán, por lo menos, de un representante oficial a bordo de la aeronave». De ello resulta que los Estados miembros tienen una obligación general de mantener una función supervisora en todos los casos de «subcontratación» de la expulsión, que el uso de personal de seguridad de las líneas aéreas con fines de escolta no está excluido, pero debe estar autorizado, y que dicho personal debe ir acompañado, como mínimo, de un funcionario del Estado miembro.
- Operaciones de retorno de recogida (envío a la UE por las autoridades del tercer país de una aeronave para repatriar a sus nacionales bajo su supervisión): los Estados miembros tienen una responsabilidad general de llevar a cabo la operación de expulsión hasta que se complete la entrega a las autoridades del país de destino y la aeronave haya abandonado el suelo de la UE. Sin embargo, durante toda la operación de expulsión se ha de garantizar el respeto de los derechos fundamentales, así como un uso proporcionado de los medios de coerción acorde con las normas comunes de la UE establecidas. Con fines de supervisión, un representante del Estado miembro observará la fase de expulsión ejecutada por el país de destino. De conformidad con el artículo 28, apartado 3, del Reglamento (UE) 2016/1624 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas («Reglamento de la Guardia Europea de Fronteras y Costas»), la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas puede prestar asistencia a la organización de operaciones de retorno de recogida. Durante estas operaciones, los Estados miembros participantes y la Agencia garantizarán el respeto de los derechos fundamentales y del principio de no devolución, así como el empleo proporcionado de medidas coercitivas. A tal efecto, al menos un representante de un Estado miembro participante en la operación y un supervisor del retorno forzoso (ya sea de un Estado miembro participante o del contingente establecido de conformidad con el artículo 29 del Reglamento) debe estar presente a bordo durante toda la operación hasta la llegada al país de destino.

## 7.2. Tránsito por vía aérea

Base jurídica: Directiva 2003/110/CE.

- *Solicitud de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea: Anexo de la Directiva 2003/110/CE.*
- *Lista de las autoridades centrales a las que se refiere el artículo 4, apartado 5, de la Directiva 2003/110/CE para la recepción de las solicitudes de tránsito (disponible como consulta ad hoc en el sitio web de la REM, retorno, 2015).*

La Directiva 2003/110/CE define medidas detalladas de asistencia entre las autoridades competentes en los aeropuertos de tránsito de los Estados miembros en relación con las expulsiones por vía aérea con escolta y sin escolta. Establece un conjunto de normas dirigidas a facilitar el tránsito de las personas sujetas a expulsión en un aeropuerto de un Estado miembro distinto del Estado miembro que haya adoptado y ejecutado la decisión de expulsión. Con este fin, define las condiciones en las que pueden tener lugar las operaciones de tránsito e indica las medidas de asistencia que debería prever el Estado miembro. Las solicitudes de asistencia se deben realizar por medio del formulario normalizado adjunto a la Directiva. Dichas solicitudes se enviarán a las autoridades centrales de los Estados miembros designadas a tal efecto.

## 7.3. Operaciones conjuntas de expulsión por vía aérea

Base jurídica: Decisión 2004/573/CE.

- *Lista de las autoridades nacionales responsables de la organización de los vuelos conjuntos a los que se refiere el artículo 3 de la Decisión 2004/573/CE o participantes en dichos vuelos (disponible como consulta ad hoc en el sitio web de la REM, retorno, 2015).*

La Decisión 2004/573/CE regula en particular la determinación de las tareas comunes y específicas de las autoridades responsables de la organización de estas operaciones o de la participación en ellas. A esta Decisión del Consejo se adjuntan unas Directrices comunes sobre las normas de seguridad en las expulsiones conjuntas por vía aérea. En virtud del artículo 8, apartado 5, de la Directiva relativa al retorno, estas Directrices se han de tener en cuenta en cualquier expulsión por vía aérea (incluso en las operaciones puramente nacionales, véase el apartado 7.1).

#### 7.4. Operaciones conjuntas de expulsión coordinadas por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas

Base jurídica: artículo 28 del Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Una de las tareas de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas consiste en prestar asistencia para la organización y ejecución de las operaciones conjuntas de retorno de los Estados miembros con arreglo a la política de retorno de la UE y, en particular, a la Directiva relativa al retorno como pieza clave de la legislación de la UE sobre el retorno. La función de la Agencia en las cuestiones relacionadas con el retorno y el respeto de los derechos fundamentales fue reforzada en 2016 por el Reglamento de la Guardia Europea de Fronteras y Costas.

Existe un claro valor añadido en la realización de operaciones de retorno coordinadas por la Agencia y se anima a los Estados miembros a hacer un amplio uso de esta posibilidad.

Las operaciones de retorno coordinadas por la Agencia están sujetas al control del retorno forzoso (véase el apartado 8).

### 8. CONTROL DEL RETORNO FORZOSO

Base jurídica: artículo 8, apartado 6, de la Directiva relativa al retorno.

— *Lista de los organismos nacionales de control del retorno forzoso: disponible como consulta ad hoc en el sitio web de la REM, retorno, 2015; lista de los organismos nacionales de control del retorno forzoso de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «FRA»), disponible en la siguiente dirección: <http://fra.europa.eu/en/theme/asylum-migration-borders/forced-return>.*

*Los Estados miembros crearán un sistema eficaz de control del retorno forzoso.*

El control del retorno forzoso es una herramienta importante que puede servir tanto a los intereses de la persona retornada como a los de las autoridades de ejecución, como mecanismo de control integrado en las prácticas nacionales cotidianas de retorno. Un control efectivo puede ayudar a aliviar tensiones y permite identificar y corregir rápidamente las posibles deficiencias. Además, protege a las autoridades de ejecución, que en ocasiones pueden recibir críticas injustificadas de los medios o de las ONG, proporcionando información imparcial y neutral.

La Directiva relativa al retorno no dispone con detalle cómo deben ser los sistemas nacionales de control del retorno forzoso. Deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros. Sin embargo, a partir del texto y el contexto de la Directiva se pueden dar algunas orientaciones:

- 1) el control del retorno forzoso debe entenderse para todas las actividades realizadas por los Estados miembros en relación con la expulsión (desde la preparación de la salida hasta la acogida en el país de retorno o, en caso de que la expulsión fracase, hasta el retorno al punto de partida); no cubre el control posterior al retorno (tras la acogida de la persona retornada en un tercer país);
- 2) los sistemas de control deben contar con la participación de organizaciones y organismos distintos e independientes de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno (*nemo monitor in res sua*);
- 3) organismos públicos, como el Defensor del Pueblo nacional o un organismo independiente de inspección general, pueden llevar a cabo el control; sin embargo, parece problemático asignar una función de control a una subsección de la misma administración que se encarga de los retornos y expulsiones;
- 4) la mera existencia de vías de recurso judicial en casos individuales o de sistemas nacionales de supervisión de la eficiencia de las políticas nacionales de retorno no se puede considerar una aplicación válida del artículo 8, apartado 6, de la Directiva relativa al retorno;
- 5) los Estados miembros no tienen una obligación automática de financiar todos los costes ocasionados por el control (como los costes de personal), pero tienen la obligación general de instituir y poner en funcionamiento un sistema de control del retorno forzoso («efecto útil»);
- 6) el artículo 8, apartado 6, no supone la obligación de controlar todas las operaciones de expulsión. Un sistema de control basado en verificaciones sobre el terreno y controles de muestras aleatorias se puede considerar válido, siempre que su intensidad garantice suficientemente su eficiencia;
- 7) el artículo 8, apartado 6, de la Directiva relativa al retorno no implica un derecho subjetivo de la persona retornada a ser controlada.

Control de las operaciones de retorno coordinadas por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas:

- El artículo 28, apartado 6, del Reglamento de la Guardia Europea de Fronteras y Costas dispone: «Todas las operaciones de retorno estarán sujetas a un control realizado de conformidad con el artículo 8, apartado 6, de la Directiva 2008/115/CE [...] a partir de criterios objetivos y transparentes y abarcará la totalidad de la operación de retorno, desde la fase previa a la salida hasta la entrega en el tercer país de retorno». Esto significa que toda operación de retorno forzoso, coordinada por la Agencia y que exija un refuerzo técnico y operativo por parte de uno o más Estados miembros, estará sujeta a control de conformidad con las normas y modalidades nacionales de transposición del artículo 8, apartado 6, de la Directiva relativa al retorno.
- Sin perjuicio de las obligaciones de información previstas en la legislación nacional, los controladores del retorno forzoso tienen que informar después de cada operación al director ejecutivo de la Agencia, al agente de derechos fundamentales y a las autoridades nacionales competentes de todos los Estados miembros que participen en la operación.

#### 9. APLAZAMIENTO DE LA EXPULSIÓN

Base jurídica: artículo 9 de la Directiva relativa al retorno.

1. *Los Estados miembros aplazarán la expulsión:*
  - a) *cuando esta vulnere el principio de no devolución, o*
  - b) *mientras se le otorgue efecto suspensivo de acuerdo con el artículo 13, apartado 2.*
2. *Los Estados miembros podrán aplazar la expulsión durante un período oportuno de tiempo, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto. En particular, los Estados miembros tendrán en cuenta:*
  - a) *el estado físico o la capacidad mental del nacional de un tercer país;*
  - b) *razones técnicas, tales como la falta de capacidad de transporte o la imposibilidad de ejecutar la expulsión debido a la falta de identificación.*
3. *Si se aplaza una expulsión, tal y como se establece en los apartados 1 y 2, podrán imponerse las obligaciones establecidas en el artículo 7, apartado 3, al nacional de un tercer país de que se trate.*

La Directiva relativa al retorno establece dos prohibiciones absolutas: no se permite a los Estados miembros expulsar a una persona si la expulsión vulnera el principio de no devolución y, además, los Estados miembros no pueden llevar a cabo la expulsión en tanto que se haya concedido un efecto suspensivo a un recurso pendiente.

En otros casos, los Estados miembros podrán aplazar la expulsión durante un período oportuno, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto. El catálogo de posibles razones está abierto y permite a los Estados miembros reaccionar con flexibilidad a todas las nuevas circunstancias que puedan surgir o se puedan descubrir y que justifiquen el aplazamiento de la expulsión. Los ejemplos concretos enumerados en la Directiva relativa al retorno (estado físico o mental del interesado y razones técnicas, como la falta de disponibilidad de medios de transporte adecuados) son indicativos. Los Estados miembros pueden también prever otros casos en su legislación nacional de aplicación o en su práctica administrativa.

Aclaraciones adicionales:

- Diferencia entre plazo de salida voluntaria y aplazamiento de la expulsión: el artículo 7 (salida voluntaria) de la Directiva relativa al retorno prevé un «período de gracia» para que la salida sea más ordenada y se pueda preparar mejor; solo se aplica cuando se espera que las personas retornadas cumplan voluntariamente la decisión de retorno. El artículo 9 (aplazamiento de la expulsión) se refiere a los casos en los que el Estado ha de hacer cumplir la obligación de retorno porque la salida voluntaria no es posible o no se ha otorgado.
- Estatuto legal durante el aplazamiento de la expulsión: durante la suspensión de una expulsión, la persona retornada se beneficia de las garantías enumeradas en el artículo 14 de la Directiva relativa al retorno (confirmación escrita de que se ha aplazado la obligación de retorno y algunas garantías básicas, como la prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades y el mantenimiento de la unidad familiar: véase el apartado 13 de este Manual). Sin embargo, no se considera que la persona retornada se encuentre en situación regular en un Estado miembro a menos que el Estado miembro decida, de conformidad con el artículo 6, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno, conceder un permiso o un derecho de estancia legal al nacional de un tercer país.
- Designación de residencia en un lugar determinado durante el aplazamiento de la expulsión: el artículo 9, apartado 3, contiene una referencia expresa a las posibilidades enumeradas en el artículo 7, apartado 3, para impedir la fuga (véase el apartado 6.2), incluida la posibilidad de imponer la obligación de permanecer en un lugar determinado.

## 10. RETORNO DE MENORES NO ACOMPAÑADOS

La Directiva relativa al retorno se aplica también a los menores, incluidos los menores no acompañados, y prevé diferentes garantías que los Estados miembros han de respetar. Tales garantías se aplican, por tanto, a cualquier persona menor de dieciocho años (es decir, un menor) que llegue al territorio de los Estados miembros sin la compañía de un adulto responsable de él, siempre y cuando el menor no esté efectivamente al cuidado de tal persona (incluidos los menores que dejan de estar acompañados después de la entrada en el territorio de los Estados miembros). En algunos Estados miembros, los adolescentes menores de dieciocho años están autorizados a actuar en nombre propio en los procedimientos de retorno (y asilo); sin embargo, las garantías de la Directiva relativa al retorno son vinculantes para los Estados miembros en lo que se refiere a todos los menores hasta la edad de dieciocho años.

Las soluciones duraderas son cruciales para lograr la normalidad y la estabilidad de todos los menores a largo plazo. El retorno es una de las opciones que deben examinarse a la hora de encontrar una solución duradera para los menores no acompañados, y las medidas de los Estados miembros deben tener en cuenta, como consideración clave, el interés superior del menor. Antes de tomar la decisión de retorno de un menor no acompañado, y de conformidad con el artículo 12, apartado 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño <sup>(1)</sup>, los menores interesados deben ser oídos, bien directamente o a través de un representante o de un órgano apropiado, y se realizará siempre una evaluación individual del interés superior del menor, en particular de las necesidades concretas, de la situación familiar y de la situación y las condiciones de acogida en el país de retorno. Dicha evaluación debe analizar sistemáticamente si el retorno al país de origen, incluida la reunificación familiar, redundaría en el interés superior del menor.

La evaluación debe ser efectuada por las autoridades competentes sobre la base de un enfoque multidisciplinar, con la participación del tutor del menor y de la autoridad de protección de la infancia competente. Asimismo, los Estados miembros deben llevar a cabo una reevaluación periódica del interés superior del menor, a la luz de la evolución del caso concreto.

Se insta a los Estados miembros a considerar las orientaciones interpretativas y operativas proporcionadas por las Directrices conjuntas ACNUR-UNICEF sobre la determinación del interés superior del menor <sup>(2)</sup>, la Observación general n.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de la ONU sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial <sup>(3)</sup>, las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor <sup>(4)</sup> y el Manual de terreno para la implementación de las directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño y de la niña <sup>(5)</sup>.

El derecho del menor a ser oído en los procedimientos de retorno en los que sea parte o que le afecten forma parte integrante de cualquier evaluación del interés superior del menor (véase el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y debe ser respetado como un derecho fundamental reconocido en cuanto principio general del Derecho de la UE, consagrado en la CDF. Incluye la consideración debida a la opinión del menor, teniendo en cuenta su edad y madurez y las posibles dificultades de comunicación para conseguir que su participación tenga sentido, y el respeto al derecho del menor a expresar sus opiniones libremente (para más detalles, véase el apartado 12.1).

Definición de menor no acompañado: la Directiva relativa al retorno no define el término «menor no acompañado». Teniendo en cuenta que los menores no acompañados en muchos casos son o han sido solicitantes de asilo, se recomienda ceñirse a la definición facilitada en las directivas más recientes en materia de asilo, en particular el artículo 2, letra e), de la Directiva 2013/33/UE sobre las condiciones de acogida refundida: «el menor que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a los usos del Estado miembro de que se trate, y mientras no esté efectivamente al cuidado de tal adulto; este concepto incluye al menor que deja de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros».

Abstenerse de dictar decisiones de retorno sobre los menores no acompañados: el artículo 6, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno permite expresamente a los Estados miembros conceder en cualquier momento una autorización o derecho de estancia, de conformidad con el Derecho nacional, a los nacionales de terceros países en situación irregular. Esta norma general también se aplica a los menores. Por consiguiente, los Estados miembros que no retornen/expulsen a los menores de terceros países que se encuentren en situación irregular en su territorio, o que se vean en la imposibilidad de expulsar al menor no acompañado debido a una evaluación del interés superior del menor, son libres de conceder una autorización o derecho de estancia (por ejemplo, un permiso de residencia temporal hasta los 18 años).

<sup>(1)</sup> Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

<sup>(2)</sup> ACNUR-UNICEF, *Safe and Sound [Sano y salvo]*, 2014, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/5423da264.html>.

<sup>(3)</sup> Naciones Unidas, *Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, apartado 1)\**, 2013, disponible en: [http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC\\_C\\_GC\\_14\\_ENG.pdf](http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf).

<sup>(4)</sup> ACNUR, *Directrices para la determinación del interés superior del niño*, 2008, <http://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf>.

<sup>(5)</sup> ACNUR, *Manual de terreno para la implementación de las directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño y de la niña*, 2011, disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/4e4a57d02.pdf>.

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno obliga a los Estados miembros a optar entre «A», conceder un permiso o un derecho de estancia legal, o «B», incoar los procedimientos de retorno (véase el apartado 5). Por tanto, los Estados miembros deben establecer normas claras sobre la situación jurídica de los menores no acompañados que permitan, bien dictar y ejecutar decisiones de retorno, bien conceder un derecho de estancia de conformidad con la legislación nacional. Los Estados miembros deben velar por la disponibilidad de procedimientos de determinación del estatuto de los menores no acompañados que no sean retornados. Se trata de un enfoque sencillo, destinado a reducir las «zonas grises» y mejorar la seguridad jurídica de todas las partes interesadas. A la luz de lo anteriormente expuesto, para que sea compatible con la Directiva relativa al retorno, la situación de los menores no acompañados en los Estados miembros que, tras una evaluación del interés superior del menor, no retornen o expulsen a los menores de terceros países deberá enmarcarse legalmente como la concesión de un permiso (temporal) o un derecho de estancia (por ejemplo, hasta que cumplan 18 años), en aplicación del artículo 6, apartado 4, de la Directiva, o como la adopción de una decisión de retorno y el aplazamiento de la expulsión, de conformidad con los artículos 6 y 9 de la Directiva relativa al retorno.

### 10.1. Asistencia de los servicios pertinentes

*Base jurídica:* artículo 10, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno.

*Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño.*

*Recordatorio/explicación histórica:* el artículo 10, apartado 1, no figuraba en la propuesta de la Comisión. Se introdujo en el texto durante las negociaciones y está inspirado directamente en la Directriz n.º 2, apartado 5, de las «Veinte directrices sobre el retorno forzoso»<sup>(1)</sup> del Consejo de Europa, según la cual «Antes de dictar una decisión de expulsión respecto de un menor no acompañado, se concederá asistencia, y en particular asistencia jurídica, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño».

*Naturaleza de los «servicios pertinentes»:* el «servicio pertinente» debe ser independiente de la autoridad de ejecución y podría ser un órgano de la administración (quizá un servicio independiente dentro del mismo ministerio), un ente no gubernamental o una combinación de ambos, que aporte una cooperación multidisciplinar entre los sistemas de tutela públicos y privados y los organismos de protección del menor. Los organismos responsables del cuidado y la protección de los niños deben cumplir las normas establecidas en materia de seguridad, salud, idoneidad del personal y supervisión competente. Las diferentes funciones y responsabilidades de los agentes deben estar claras y ser transparentes, en particular en lo referente al menor no acompañado, para que este pueda participar de manera activa y efectiva en todos los asuntos que le conciernan.

*Naturaleza de la «asistencia»:* la asistencia debe cubrir la asistencia jurídica, pero sin limitarse a ella. También se deben abordar otros aspectos expresamente mencionados en la Directiva relativa al retorno, como la prestación de la asistencia médica y sanitaria necesaria, el contacto con la familia y el acceso a la educación básica, para promover el cumplimiento de los derechos del niño establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Se debe insistir especialmente en la necesidad de debatir con el menor, previamente y durante la totalidad de los procesos o procedimientos, todas las decisiones que le conciernan. Los menores deben ser informados, de una forma adecuada a su edad y al contexto, sobre sus derechos, los procedimientos y los servicios disponibles para su protección.

*Calendario de la «asistencia»:* la asistencia de los «servicios pertinentes» debe empezar cuanto antes, y en todo caso antes de que se dicte una decisión de retorno. Esto implica una evaluación oportuna de la edad basada en el beneficio de la duda. La asistencia debe ser un proceso continuo y estable, que incluya la fase de retorno. También puede cubrir la fase posterior al retorno, con el fin de garantizar su adecuado seguimiento. En su caso, se transferirá la tutela del Estado miembro al país de retorno, de conformidad con el artículo 10, apartado 2.

*Evaluación de la edad:* la Directiva relativa al retorno no contiene disposiciones sobre la evaluación de la edad. Basándose en una interpretación sistemática del acervo de la UE en materia de migración y asilo, la Comisión recomienda remitirse a las disposiciones del artículo 25, apartado 5, de la Directiva sobre los procedimientos de asilo, así como tener en cuenta los documentos conexos elaborados, por ejemplo, por la Oficina Europea de Apoyo al Asilo<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Consejo de Europa, *Veinte directrices sobre el retorno forzoso*, 2005.

<sup>(2)</sup> Oficina Europea de Apoyo al Asilo, *Age assessment practice in Europe [Práctica de la evaluación de la edad en Europa]*, 2014, disponible en: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO-Age-assessment-practice-in-Europe.pdf>. Un nuevo documento de orientación se encuentra en fase de elaboración.

Continuidad de la asistencia en los procedimientos de asilo y retorno: aunque la base jurídica de la tutela que se proporciona a los solicitantes de asilo y la correspondiente a la «asistencia» que se exige para los menores no acompañados en el proceso de retorno son diferentes, existe una relación estrecha entre los requisitos establecidos en el acervo en materia de asilo y en la Directiva relativa al retorno, y se debe procurar la continuidad de la asistencia en los procedimientos de asilo y retorno.

- La prestación de una mera tutela no es suficiente para cumplir la obligación de prestar asistencia a los menores, puesto que por «asistencia de los servicios pertinentes» se entiende algo más que la simple tutela.

## 10.2. Entrega a un miembro de la familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados

*Base jurídica:* artículo 10, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno.

*Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado*

- a un miembro de su familia,
- a un tutor designado o
- a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

Entre las opciones previstas por el artículo 10, apartado 2, se recomienda optar por la entrega a un miembro de la familia (salvo que ello vaya manifiestamente en contra del interés superior del menor), y que el Estado miembro se esfuerce por determinar la identidad y la nacionalidad del menor no acompañado y localizar a los miembros de su familia. En determinadas condiciones, la entrega a un tutor o a unos servicios de acogida adecuados también puede ser una alternativa aceptable.

La Comisión recomienda a los Estados miembros que pongan en práctica medidas de reintegración adecuadas de los menores no acompañados que retornen a su país de origen, y garantizar el acceso inmediato a dichas medidas, tanto antes de la salida como después de la llegada al tercer país de retorno.

*Aclaraciones adicionales:*

- Localización de la familia: los Estados miembros deben poner en marcha procedimientos para localizar cuanto antes a los progenitores y los miembros de la familia de los menores no acompañados, en los que participen el tutor o la persona responsable de la protección del menor. Para facilitar la localización de la familia, así como para identificar un tutor o un centro adecuado con vistas al retorno, las autoridades nacionales competentes deben adoptar medidas para trabajar en cooperación con los servicios consulares, los funcionarios de enlace, los organismos de protección de la infancia, las organizaciones internacionales y las ONG en el país de retorno, haciendo pleno uso de los canales de cooperación transfronteriza existentes.
- Salida voluntaria de los menores: en principio, el artículo 10, apartado 2, solo se aplica en caso de expulsión del menor, y no cuando este abandone el Estado miembro de manera voluntaria. Teniendo en cuenta la obligación del Estado miembro derivada de la necesidad de respetar el interés superior del menor, también se recomienda evaluar la situación familiar y la situación y las condiciones de acogida en el país de retorno en caso de salida voluntaria.
- La idoneidad de los servicios de acogida en el país de retorno se debe evaluar caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias individuales y la edad del menor retornado. No se puede considerar que la mera acogida por la policía de fronteras en el país de retorno, sin las medidas de seguimiento o complementarias necesarias, sea una «acogida adecuada». Los Estados miembros deben prestar una atención especial a la oferta de una vivienda adecuada, así como al acceso a la asistencia sanitaria y a la educación, en el país de retorno. Los Estados miembros deberán cumplir lo dispuesto en el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y se les anima a cumplir las directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños <sup>(1)</sup>.

## 11. PROHIBICIONES DE ENTRADA

*Base jurídica:* artículo 3, punto 6, y artículo 11 de la Directiva relativa al retorno.

*«Prohibición de entrada» una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se prohíba la entrada y la estancia en el territorio de los Estados miembros por un período de tiempo determinado, unida a una decisión de retorno;*

*Las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada:*

- a) si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o
- b) si se incumple la obligación de retorno

<sup>(1)</sup> Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, 2010, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/4c3acd162.html>.

En otros casos, las decisiones de retorno podrán ir acompañadas de una prohibición de entrada.

La duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años. Podrá sin embargo exceder de cinco años si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

El objetivo de las prohibiciones de entrada relacionadas con el retorno previstas en la Directiva relativa al retorno es conseguir efectos preventivos y potenciar la credibilidad de la política de retorno de la UE, enviando un mensaje claro de que quienes no observen la normativa sobre migración en los Estados miembros de la UE no podrán volver a entrar en ningún Estado miembro de la UE durante un período determinado.

La Directiva obliga a los Estados miembros a dictar una prohibición de entrada en dos casos «cualificados»: i) no concesión de un plazo de salida voluntaria y ii) incumplimiento de la obligación de retorno.

En todos los demás casos, las decisiones de retorno podrán ir acompañadas de una prohibición de entrada.

La duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto. En principio, su vigencia no excederá de cinco años. La prohibición de entrada solo se podrá dictar para un período más prolongado en caso de grave amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

Las normas sobre las prohibiciones de entrada relacionadas con el retorno dispuestas en la Directiva relativa al retorno no afectan a las prohibiciones de entrada dictadas con fines que no atañen a la migración, como las prohibiciones de entrada a nacionales de terceros países que hayan cometido delitos graves o sobre los que existan indicios claros de que tienen intención de cometer tales delitos [artículo 24, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(1)</sup>] («Reglamento SIS II») o las prohibiciones de entrada que constituyan una medida restrictiva adoptada de conformidad con el capítulo 2 del título V del TUE, incluidas las medidas por las que se ejecuten prohibiciones de viaje dictadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

#### 11.1. Efecto a escala de la UE

La prohibición de entrada impide la entrada en el territorio de todos los Estados miembros: la comparación sistemática de todas las versiones lingüísticas de la Directiva (en particular de los textos inglés y francés) y la redacción del considerando 14 ponen de relieve que la prohibición de entrada impide la entrada y la estancia en el territorio de todos los Estados miembros. La versión danesa, que utiliza el singular («[...] ophold på en medlemsstats») contiene un error de traducción manifiesto. El efecto de la prohibición de entrada en toda la UE es uno de los valores añadidos europeos clave de la Directiva. En la decisión de la prohibición de entrada a un nacional de un tercer país debe quedar claramente establecido el efecto a escala de la UE de la prohibición de entrada.

Las prohibiciones de entrada son vinculantes para todos los Estados miembros sujetos a la Directiva relativa al retorno, es decir, todos los Estados miembros (excepto el Reino Unido e Irlanda) y los países asociados a Schengen (Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein).

Información a los otros Estados miembros de las prohibiciones de entrada dictadas: es fundamental informar a los otros Estados miembros de todas las prohibiciones de entrada que se hayan dictado. La manera principal, aunque no la única, de informar a los demás Estados miembros acerca de la existencia de una prohibición de entrada y de garantizar el éxito de su ejecución es introducir una descripción de la prohibición de entrada en el SIS, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24, apartado 3, del Reglamento SIS II. Los Estados miembros deben, por lo tanto, garantizar que las descripciones de las prohibiciones de entrada se introduzcan de manera sistemática en el SIS. En cuanto a los Estados miembros que no tienen acceso al SIS, el intercambio de información se puede realizar por otros canales (por ejemplo, contactos bilaterales).

Prohibiciones de entrada exclusivamente nacionales: no es compatible con la Directiva relativa al retorno dictar prohibiciones de entrada relacionadas con la migración de carácter exclusivamente nacional. La legislación nacional debe prever que las prohibiciones de entrada dictadas en relación con las decisiones de retorno prohíban la entrada y la estancia en todos los Estados miembros, por ejemplo, mediante el establecimiento de la obligación de introducir sistemáticamente todas las prohibiciones de entrada en el SIS. Sin embargo, si un nacional de un tercer país sujeto a una prohibición de entrada dictada por un Estado miembro A tiene un permiso de residencia expedido por un Estado miembro B y el Estado miembro B no quiere revocar dicho permiso, previa consulta realizada con arreglo al artículo 25 del CAS, mencionado en el artículo 11, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno, el Estado miembro A revocará la prohibición de entrada a escala de la UE, pero podrá inscribir a este nacional de un tercer país en su lista nacional de personas no admisibles con arreglo al artículo 25, apartado 2, última frase, del CAS (*lex specialis*; véase también el apartado 11.8).

<sup>(1)</sup> Reglamento (CE) n.º 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DO L 381 de 28.12.2006, p. 4).

### 11.2. Utilización del SIS II

Registro de prohibiciones de entrada en el SIS: de conformidad con la legislación actualmente en vigor, los Estados miembros pueden registrar descripciones de prohibiciones de entrada dictadas en virtud de la Directiva relativa al retorno, pero no están obligados a hacerlo. No obstante, a fin de dar pleno efecto a la dimensión europea de las prohibiciones de entrada dictadas en virtud de la Directiva relativa al retorno, los Estados miembros deberían hacerlo sistemáticamente.

Relación entre la revisión a los tres años de las descripciones registradas en el SIS (con arreglo al artículo 112 del CAS y el artículo 29 del Reglamento SIS II) y la duración de la prohibición de entrada fijada con arreglo a la Directiva relativa al retorno: la revisión de las descripciones introducidas en el SIS es un requisito procedimental para asegurarse de que las descripciones solo se conservarán durante el tiempo necesario para alcanzar los fines con los que hayan sido introducidas. Ello no afecta a la decisión sustantiva de los Estados miembros de determinar la duración de una prohibición de entrada de conformidad con las disposiciones de la Directiva relativa al retorno. En caso de que una prohibición de entrada impuesta con arreglo a la Directiva relativa al retorno siga vigente en el momento de la revisión a los tres años (es decir, si la prohibición se impuso para un período de cinco años y no se ha revocado entretanto), los Estados miembros podrán mantener la descripción en el SIS durante el período restante de dos años si la descripción sigue siendo necesaria, teniendo en cuenta los criterios de evaluación aplicables, en particular, el artículo 11 de la Directiva relativa al retorno, interpretado en relación con el artículo 112, apartado 4, del CAS o el artículo 29, apartado 4, del Reglamento SIS II.

### 11.3. Cuestiones de procedimiento

Imposición de prohibiciones de entrada en la frontera en el momento de la salida en un procedimiento en rebeldía (por ejemplo, en caso de que una persona cuyo visado haya caducado se presente en el control fronterizo del aeropuerto poco antes de la salida): nada impide a los Estados miembros iniciar un procedimiento de retorno al tener conocimiento de una estancia que haya superado el plazo autorizado por el visado y dictar una decisión de retorno (véase el apartado 5.1), acompañada de una prohibición de entrada en un procedimiento en rebeldía cuando:

- 1) el Derecho administrativo nacional prevea la posibilidad de procedimientos en rebeldía y
- 2) estos procedimientos nacionales sean conformes a los principios generales del Derecho de la Unión y a los derechos fundamentales consagrados en la CDF, en particular el derecho a ser oído y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo.

Imposición de prohibiciones de entrada a personas retornadas que no hayan cumplido la obligación de retorno en el plazo de salida voluntaria en el momento de la salida: si la persona retornada no ha cumplido la obligación de retorno en el plazo de salida voluntaria, la prohibición de entrada se impondrá en una fase posterior (por ejemplo, en el momento de la salida), como elemento accesorio y subsiguiente de una decisión de retorno ya dictada.

Presencia en el territorio del Estado miembro: la situación irregular en su territorio es un requisito previo esencial para dictar una decisión de retorno y una prohibición de entrada. Un Estado miembro no puede dictar decisiones de retorno acompañadas de prohibiciones de entrada contra personas que no se encuentren en su territorio. Si una persona se ha fugado (por ejemplo, tras serle denegada su solicitud de asilo) pero cabe suponer que permanece en el territorio del Estado miembro de que se trate, se podrá adoptar una decisión de retorno (con prohibición de entrada) en un procedimiento en rebeldía con arreglo a la legislación nacional.

Situación irregular en el pasado: los Estados miembros no pueden dictar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada contra una persona que no esté presente en su territorio, incluidos los nacionales de terceros países que previamente (en el pasado) hubieran estado en situación irregular y que hubieran retornado a un tercer país antes de que se hubiera advertido su situación irregular. Si dichas personas regresan al Estado miembro y se adoptan medidas con arreglo a la Directiva relativa al retorno (decisión de retorno, prohibición de entrada), al determinar la duración de la prohibición de entrada se podrán tener en cuenta las situaciones irregulares previas como circunstancia agravante. Al determinar la duración de la prohibición de entrada, las situaciones irregulares previas en el territorio de otros Estados miembros también se podrán tener en cuenta como circunstancia agravante.

### 11.4. Motivos para dictar prohibiciones de entrada

La Directiva relativa al retorno obliga a los Estados miembros a dictar una prohibición de entrada en dos casos «cualificados»:

- 1) si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o
- 2) si se incumple la obligación de retorno.

En todos los demás casos (todas las decisiones de retorno adoptadas en virtud de la Directiva relativa al retorno que no correspondan a los dos casos «cualificados»), las decisiones de retorno pueden ir acompañadas de una prohibición de entrada. Esto implica la posibilidad de imponer una prohibición de entrada aunque la persona de que se trate haya salido de manera voluntaria. Sin embargo, dado que los Estados miembros disfrutan de poder discrecional a este respecto, se les insta a ejercerlo de tal manera que propicien la salida voluntaria.

### 11.5. Duración de las prohibiciones de entrada

La duración de la prohibición de entrada se determinará de conformidad con la legislación nacional de transposición de la Directiva relativa al retorno y con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto. Al determinar la duración de la prohibición de entrada, se deberán tener especialmente en cuenta las circunstancias agravantes o atenuantes de que tenga conocimiento la autoridad que la imponga, por ejemplo si:

- el nacional de un tercer país de que se trate ya ha sido objeto en el pasado de una decisión de retorno o una orden de expulsión,
- el nacional de un tercer país de que se trate ya ha recibido en el pasado asistencia para la salida voluntaria o para la reintegración,
- el nacional de un tercer país ha entrado sin autorización en el territorio de un Estado miembro durante la vigencia de una prohibición de entrada,
- el nacional de un tercer país ha cooperado o se ha mostrado reacio a cooperar en el procedimiento de retorno;
- el nacional de un tercer país se ha mostrado dispuesto a salir de manera voluntaria.

Por regla general, la duración de la prohibición de entrada no debe superar los cinco años. Al determinar la duración concreta de la prohibición de entrada, los Estados miembros están obligados a llevar a cabo un examen individual de las circunstancias pertinentes y a respetar el principio de proporcionalidad. Un Estado miembro puede plantearse la posibilidad de modificar los plazos de las categorías de casos típicas —tres años por norma general, cinco años si concurren circunstancias agravantes (infracciones reiteradas de la legislación sobre migración) y un año si concurren circunstancias atenuantes (infracciones únicamente por negligencia)— como orientación general para su administración, pero debe velar por que cada caso se evalúe de manera individual de conformidad con el principio de proporcionalidad. Los Estados miembros pueden establecer en su legislación nacional o en sus reglamentos administrativos los criterios generales que se tendrán en cuenta para determinar de manera individual la duración de la prohibición de entrada de conformidad con el artículo 11, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno.

Amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional: en caso de grave amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, la prohibición de entrada podrá dictarse por un período superior a cinco años. Entre los factores que los Estados miembros pueden tener en cuenta para determinar tal amenaza figuran los delitos penales, así como las infracciones administrativas graves (uso repetido de documentos de identidad falsos, vulneraciones reiteradas y dolosas de la legislación sobre migración). Sin embargo, no se puede considerar que ninguno de estos factores constituya automáticamente y *per se* una amenaza para el orden público: los Estados miembros siempre están obligados a llevar a cabo un examen individual de todas las circunstancias pertinentes y a respetar el principio de proporcionalidad.

La Directiva relativa al retorno no ofrece una definición del significado exacto de este concepto y la jurisprudencia del TJUE sobre el uso de este concepto en otras directivas sobre migración y en el contexto de la libre circulación *no* es directamente aplicable en el marco de la Directiva relativa al retorno, pues las cuestiones en juego y el contexto son diferentes. No obstante, algunas consideraciones expuestas en la jurisprudencia del TJUE (en particular, sobre conceptos horizontales como la proporcionalidad y el efecto útil de las Directivas) pueden servir de orientación: en el punto 3 de la Comunicación «Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros» <sup>(1)</sup>, la Comisión facilitó orientaciones detalladas para la interpretación de las nociones de orden público y seguridad pública en el contexto de la libre circulación. Por otra parte, se puede encontrar información comparativa sobre las interpretaciones dadas a este concepto por los Estados miembros en el contexto de la migración en los resultados de la *consulta ad hoc de la REM (140) sobre la interpretación de las nociones de «orden público» y «seguridad pública»*. En el apartado 48 de la sentencia en el asunto C-554/13, Zh. y O., que versa sobre la noción de orden público en el contexto de la Directiva relativa al retorno (véase el apartado 6.3), el TJUE confirmó expresamente que se podían establecer analogías con su jurisprudencia sobre la Directiva 2004/38/CE [sentencia en el asunto C-430/10, *Gaydarov* <sup>(2)</sup>, apartado 32].

Duración de las prohibiciones de entrada por motivos de orden público: la duración de la prohibición de entrada por motivos de orden público se ha de determinar de manera individual, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por los nacionales de terceros países, los riesgos para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional y la situación individual de la persona de que se trate. El principio de proporcionalidad se ha de respetar en todos los casos. La imposición sistemática de prohibiciones de entrada permanentes en todos los casos relacionados con el orden público, sin tener en cuenta las circunstancias específicas (por ejemplo, la gravedad de los delitos y los riesgos)

<sup>(1)</sup> COM(2009) 313 final.

<sup>(2)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2011, *Gaydarov*, asunto C-430/10, ECLI:EU:C:2011:749.

es contraria a la Directiva. Un Estado miembro puede prever plazos variables para las categorías de casos típicas, como diez años, por norma general, en los asuntos relacionados con el orden público y veinte años en circunstancias especialmente graves. Los Estados miembros deben prever la posibilidad de revisar la decisión de prohibición de entrada, y en particular la existencia de condiciones que la justifiquen, ya sea de oficio o a instancia del interesado.

Aclaraciones adicionales:

Inexistencia de prohibiciones de entrada ilimitadas: la duración de la prohibición de entrada es un elemento clave de la decisión de prohibición de entrada. En cada caso individual se debe determinar previamente de oficio. El TJUE confirmó este extremo expresamente en el asunto *Filev y Osmani*, C-297/12, (apartados 27 y 34): «Procede señalar que de los términos» la duración de la prohibición de entrada se determinará «se desprende claramente que los Estados miembros están obligados a limitar los efectos en el tiempo, en principio a cinco años como máximo, de cualquier prohibición de entrada, y ello con independencia de que el nacional interesado de un tercer país presente una solicitud a tal efecto. [...] el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 2008/115/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional [...] que supedita la limitación de la duración de una prohibición de entrada a que el nacional de un tercer país interesado solicite acogerse a dicha limitación».

Momento en que empieza a correr el plazo: la Directiva relativa al retorno no establece expresamente el momento a partir del cual debe calcularse el período de aplicación de la prohibición de entrada. Sin embargo, el TJUE aclaró esta cuestión en el asunto C-225/16, *Ouhrami* <sup>(1)</sup>.

El TJUE dejó claro que la determinación de la fecha de inicio de una prohibición de entrada no puede dejarse a la discreción de cada Estado miembro, ya que ello menoscabaría el objetivo de la Directiva relativa al retorno y la finalidad de las prohibiciones de entrada. El TJUE concluyó que «se desprende del tenor literal, de la sistemática y de la finalidad de la Directiva 2008/115/CE, que el período de prohibición de entrada solo comienza a correr a partir de la fecha en la que el interesado abandonó efectivamente el territorio de los Estados miembros» (apartado 53). En efecto, si una prohibición de entrada se aplicara antes de la salida efectiva del nacional de un tercer país, su duración se reduciría indebidamente.

Por ello, el TJUE decidió que «la duración de la prohibición de entrada [...] debe calcularse a partir de la fecha en la que el interesado abandonó efectivamente el territorio de los Estados miembros» (apartado 58).

Los Estados miembros deben poner en práctica medios para confirmar y comprobar la fecha real de salida de los nacionales de terceros países (véanse los apartados 6.4 y 6.6), a fin de garantizar que las prohibiciones de entrada se apliquen en el momento en que abandonen efectivamente el territorio de los Estados miembros.

#### 11.6. Revocación, reducción y suspensión de las prohibiciones de entrada

Base jurídica: artículo 11, apartado 3, de la Directiva relativa al retorno.

*Párrafo primero: Los Estados miembros considerarán la posibilidad de revocar o suspender la prohibición de entrada dictada de conformidad con el apartado 1, párrafo segundo, contra un nacional de un tercer país si este puede demostrar que ha abandonado el territorio del Estado miembro en pleno cumplimiento de una decisión de retorno.*

La posibilidad de revocar o suspender una prohibición de entrada en aquellos casos en los que la persona retornada haya abandonado el territorio del Estado miembro en pleno cumplimiento de una decisión de retorno (sobre todo dentro del período concedido para la salida voluntaria) debe utilizarse como incentivo de la salida voluntaria. Los Estados miembros ofrecerán en su legislación nacional y práctica administrativa la posibilidad de solicitar la revocación o la suspensión de la prohibición de entrada en tales circunstancias. Debería hacerse un esfuerzo para que esos procedimientos sean fácilmente accesibles para la persona retornada y operativos desde el punto de vista práctico. Existen diferentes posibilidades para que la persona retornada pueda aportar pruebas de su salida del territorio de la UE, como el sello de salida en el pasaporte, datos en los sistemas de datos de las fronteras nacionales o información facilitada por la persona retornada en una representación consular de un Estado miembro en un tercer país.

Reducción de las prohibiciones de entrada: los Estados miembros también son libres de reducir la duración de una prohibición de entrada vigente en las circunstancias mencionadas en el artículo 11, apartado 3. Se puede interpretar que la posibilidad de que los Estados miembros revoquen una prohibición de entrada en virtud del artículo 11, apartado 3, cubre asimismo la revocación parcial (es decir, la reducción) de una prohibición de entrada.

*Párrafo segundo: Las víctimas de la trata de seres humanos a quienes se haya concedido un permiso de residencia de conformidad con la Directiva 2004/81/CE no estarán sujetas a prohibición de entrada, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, párrafo primero, letra b), a condición de que el nacional de un tercer país de que se trate no represente una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.*

Las víctimas de la trata de seres humanos a quienes se haya concedido previamente un permiso de residencia de conformidad con la Directiva 2004/81/CE no deberán ser objeto de una prohibición de entrada, salvo que no cumplan la obligación de retorno en el plazo de salida voluntaria o representen una amenaza para el orden público. Esta norma solo se aplica a los períodos de estancia irregular inmediatamente consecutivos a una situación regular cubierta por la Directiva 2004/81/CE. No crea una exención vitalicia para los titulares de permisos anteriores de este tipo.

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de julio de 2017, *Ouhrami*, asunto C-225/16, ECLI:EU:C:2017:590.

*Párrafo tercero: Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar, revocar o suspender una prohibición de entrada en casos concretos, por motivos humanitarios.*

Los Estados miembros son libres de no dictar prohibiciones de entrada en casos concretos, en particular, en los casos previstos en el artículo 11, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva relativa al retorno, únicamente por motivos humanitarios que deben determinarse a escala nacional. También se permite a los Estados miembros revocar o suspender prohibiciones de entrada vigentes por motivos humanitarios.

Esta disposición opcional otorga a los Estados miembros la posibilidad de hacer uso de ella de conformidad con la legislación y la práctica administrativa nacionales.

*Párrafo cuarto: Los Estados miembros podrán revocar o suspender una prohibición de entrada en casos concretos o para determinados tipos de casos, por otros motivos.*

Los Estados miembros tienen la facultad de revocar o suspender una prohibición de entrada vigente por motivos que no sean humanitarios, que se determinarán a escala nacional.

En caso de catástrofes humanitarias (como terremotos, otros desastres naturales o conflictos armados) en terceros países que puedan dar lugar a la llegada masiva de personas desplazadas, los procedimientos formales de revocación de prohibiciones de entrada en casos concretos pueden prolongarse demasiado y no son viables. Por consiguiente, existe la posibilidad de prever una revocación o suspensión horizontal de las prohibiciones de entrada relacionadas con los grupos de personas afectadas.

También se puede plantear la necesidad de revocar prohibiciones de entrada impuestas de manera válida con arreglo a la Directiva relativa al retorno respecto de nacionales de terceros países que más adelante podrían demostrar que gozan del derecho de libre circulación en virtud del Derecho de la Unión: por ejemplo, por convertirse en miembros de la familia de nacionales de la UE/EEE/CH que entran en el ámbito de aplicación del artículo 21 del TFUE o de la Directiva 2004/38/CE.

#### 11.7. Sanciones por incumplimiento de una prohibición de entrada

A la hora de establecer la duración de una prohibición de entrada, los Estados miembros deberán tener en cuenta el incumplimiento de otra prohibición de entrada anterior. En este sentido, el considerando 14 de la Directiva relativa al retorno prevé expresamente: «La duración de la prohibición de entrada debe asimismo determinarse teniendo debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes de cada caso individual y normalmente no debe exceder de cinco años. A este respecto, debe tenerse particularmente en cuenta el hecho de que el nacional de un tercer país en cuestión haya sido objeto de más de una decisión de retorno u orden de expulsión o que haya entrado en el territorio de un Estado miembro estando en vigor una prohibición de entrada».

La Directiva relativa al retorno permite a los Estados miembros prever sanciones adicionales en virtud del Derecho administrativo nacional (por ejemplo, multas), a reserva del efecto útil de la Directiva y la jurisprudencia pertinente del TJUE a este respecto. Al hacerlo, los Estados miembros no deberán hacer distinciones entre las prohibiciones de entrada dictadas por sus propias autoridades nacionales y las dictadas por las autoridades de los otros Estados miembros, pues ello menoscabaría la noción armonizada de la prohibición de entrada en la UE prevista en la Directiva relativa al retorno.

Los Estados miembros pueden adoptar sanciones penales contra los nacionales de terceros países en situación irregular que no cumplan una prohibición de entrada válida a su retorno (sentencia del TJUE en el asunto C-290/14, *Celaj*, véase el apartado 4).

El artículo 11, apartado 5, de la Directiva relativa al retorno aclara que las disposiciones sobre las prohibiciones de entrada relacionadas con el retorno se aplican sin perjuicio del derecho a la protección internacional previsto en el acervo de la UE en materia de asilo. Esto implica que las prohibiciones de entrada dictadas previamente en virtud de la Directiva relativa al retorno no pueden justificar nunca el retorno o la penalización de los nacionales de terceros países autorizados a entrar o permanecer en la UE como solicitantes de asilo o como beneficiarios de protección internacional (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-290/14, *Celaj*, apartado 32). Tales prohibiciones de entrada se deben suspender (a la espera de la resolución de los procedimientos de asilo en curso) o revocar (una vez concedida la protección internacional).

#### 11.8. Consulta entre Estados miembros

Base jurídica: artículo 11, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno; artículo 25 del CAS.

*En caso de que un Estado miembro estudie la posibilidad de expedir un permiso de residencia u otra autorización que otorgue un derecho de estancia a un nacional de un tercer país que esté sujeto a una prohibición de entrada dictada por otro Estado miembro, consultará en primer lugar al Estado miembro que haya dictado la prohibición de entrada y tendrá en cuenta sus intereses, de conformidad con el artículo 25 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.*

El artículo 25 del CAS establece que:

1. Cuando un Estado miembro proyecte expedir un permiso de residencia, llevará sistemáticamente a cabo una consulta en el Sistema de Información de Schengen. Cuando un Estado miembro proyecte expedir un permiso de residencia a un extranjero inscrito como no admisible, consultará previamente al Estado miembro informador y tendrá en cuenta los intereses de este; el permiso de residencia solo podrá ser expedido por motivos serios, especialmente de carácter humanitario o derivados de obligaciones internacionales.

*Si se expide el permiso de residencia, el Estado miembro informador procederá a retirar la inscripción; no obstante, podrá inscribir a dicho extranjero en su lista nacional de personas no admisibles.*

- 1 bis. Antes de introducir una descripción a efectos de denegación de entrada en el sentido del artículo 96, los Estados miembros consultarán los registros nacionales de visados de larga duración o de permisos de residencia expedidos.

2. Cuando se compruebe que un extranjero titular de un permiso de residencia válido expedido por una Parte contratante está incluido en la lista de no admisibles, la Parte contratante informadora consultará a la Parte que expidió el permiso de residencia para determinar si existen motivos suficientes para retirarlo.

*Si no se retira el permiso de residencia, la Parte contratante informadora procederá a retirar la inscripción; no obstante, podrá inscribir a dicho extranjero en su lista nacional de personas no admisibles.*

3. Los apartados 1 y 2 también se aplicarán en caso de visados de larga duración.

El artículo 25 del CAS es una disposición directamente aplicable y puede ser aplicada por los Estados miembros sin transposición a la legislación nacional.

Solo el Estado miembro que dicte la prohibición de entrada (Estado miembro A) puede levantarla. Si otro Estado miembro (Estado miembro B) decide expedir un permiso de residencia a la misma persona o no revocar uno vigente (tras consultar con el Estado miembro que haya dictado la prohibición de entrada), el Estado miembro A estará obligado a retirar la inscripción (artículo 25, apartado 2, del CAS), pero podrá inscribir al nacional de un tercer país en su lista nacional de personas no admisibles. Antes de expedir un permiso de residencia o de decidir no revocar un permiso ya expedido (por ejemplo, con fines de reunificación familiar), el Estado miembro B debe considerar y tener en cuenta los motivos subyacentes a una prohibición de entrada dictada por el Estado miembro A, así como los intereses de ese Estado miembro. Para que el Estado miembro B pueda tener adecuadamente en cuenta los motivos subyacentes a la prohibición de entrada, resulta esencial que el Estado miembro A facilite en tiempo debido la información pertinente al Estado miembro B.

Los Estados miembros que aún no aplican plenamente las normas de Schengen y, por consiguiente, (aún) no pueden aplicar directamente el artículo 25 del CAS, deben, en cualquier caso, atenerse al espíritu del artículo 11, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno y, si llega a su conocimiento (mediante cualquier fuente de información, incluida la información facilitada por el solicitante) que la persona de que se trate está sujeta a una prohibición de entrada dictada por otro Estado miembro, ponerse en contacto con las autoridades que la dictaron. Antes de expedir un permiso de residencia a una persona, el Estado miembro debe tratar de «tener en cuenta los intereses» del Estado miembro que dictó la prohibición de entrada.

### 11.9. Prohibiciones de entrada «históricas»

Las prohibiciones de entrada «históricas», dictadas antes del 24 de diciembre de 2010, se han de adaptar a las normas establecidas en el artículo 11 de la Directiva relativa al retorno (máximo de cinco años, evaluación individual, obligación de revocar o plantearse la revocación en determinadas circunstancias) si tienen efectos en el período posterior al 24 de diciembre de 2010 y aún no están en consonancia con las garantías sustantivas del artículo 11.

La adaptación debe tener lugar a raíz de la presentación en cualquier momento de una solicitud de la persona interesada o bien de oficio, lo antes posible y, en cualquier caso, a más tardar en el momento de la revisión periódica de las prohibiciones de entrada prevista para las inscripciones en el SIS (a los tres años).

En su sentencia en el asunto C-297/12, *Filev y Osmani* (apartados 39 a 41 y 44), el TJUE aclaró expresamente: «A este respecto, procede señalar en primer lugar que la mencionada Directiva no contiene ninguna disposición que establezca un régimen transitorio para las decisiones de prohibición de entrada adoptadas antes de que aquella sea aplicable. No obstante, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una norma nueva se aplica inmediatamente, salvo excepción, a los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de la antigua norma [...]. De ello se desprende que la Directiva 2008/115/CE se aplica a los efectos posteriores a su fecha de aplicabilidad en el Estado miembro de que se trata de decisiones adoptadas en virtud de las normas nacionales aplicables antes de dicha fecha. [...] De ello se desprende que el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 2008/115/CE se opone al mantenimiento de los efectos de prohibiciones de entrada que tengan una duración ilimitada impuestas antes de la fecha de aplicabilidad de la Directiva 2008/115/CE, [...] más allá de la duración máxima de prohibición prevista en dicha disposición, salvo si las prohibiciones de entrada han sido dictadas contra nacionales de un tercer país que representen una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional».

## 12. GARANTÍAS PROCESALES

### 12.1. Derecho a una buena administración y derecho a ser oído

El derecho a una buena administración es un derecho fundamental reconocido como principio general del Derecho de la UE y consagrado en la CDF, que forma parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE. Este derecho incluye el derecho de toda persona a ser oída antes de que se adopte cualquier medida individual que pueda afectarle de manera adversa o que pueda afectar considerablemente a sus intereses, que también es inherente al respeto del derecho de defensa, otro principio general del Derecho de la UE.

En las sentencias de los asuntos C-383/13, G y R <sup>(1)</sup>, y C-249/13, Boudjlida <sup>(2)</sup>, el TJUE aclaró en gran medida el derecho a ser oído en relación con las decisiones de retorno e internamiento. Estas sentencias implican que, al adoptar decisiones relacionadas con el retorno (es decir, decisión de retorno, decisión de prohibición de entrada, decisión de expulsión, orden de internamiento), los Estados miembros deben cumplir siempre las garantías que se indican a continuación, aunque ello no se especifique expresamente en los artículos pertinentes de la Directiva relativa al retorno:

- 1) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en su contra una medida individual que la afecte desfavorablemente;
- 2) el derecho de toda persona a acceder a su expediente a fin de analizar todas las pruebas alegadas en su contra para justificar la decisión de la autoridad competente, dentro del respeto de los intereses legítimos de confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
- 3) el derecho de toda persona a recurrir a un asesor jurídico antes de que se adopte una decisión de retorno, siempre que el ejercicio de dicho derecho no afecte al progreso debido del procedimiento de retorno y no menoscabe la aplicación efectiva de la Directiva; esta exigencia no obliga a los Estados miembros a asumir los costes de dicha asistencia;
- 4) la obligación de la administración de prestar a las observaciones formuladas por la persona interesada la atención debida y examinar cuidadosa e imparcialmente todos los aspectos pertinentes de cada caso concreto;
- 5) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

Los Estados miembros gozan de un margen de discrecionalidad considerable en la manera de conceder en la práctica el derecho a ser oído: cuando este derecho no se respete, la decisión solamente quedará invalidada si, en caso de que se hubiera respetado, el resultado del procedimiento habría sido diferente (sentencia del TJUE en el asunto C-383/13, G. y R., apartado 38).

Por otra parte, la autoridad de un Estado miembro puede dejar de oír a un nacional de un tercer país específicamente sobre el asunto de la decisión de retorno si, después de que esa autoridad haya determinado que el nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio nacional dentro de un procedimiento de asilo previo en el que se haya respetado plenamente el derecho de esa persona a ser oída, contempla la posibilidad de adoptar una decisión de retorno (sentencia del TJUE en el asunto C-166/13, Mukarubega) <sup>(3)</sup>. La lógica establecida en Mukarubega es la siguiente: «[...] el derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión de retorno no puede instrumentalizarse con la finalidad de que se reabra de manera indefinida el procedimiento administrativo y ello, con el fin de preservar el equilibrio entre el derecho fundamental del interesado a ser oído antes de que se adopte en su contra una decisión y la obligación de los Estados miembros de luchar contra la inmigración ilegal».

Esta lógica se puede aplicar en diferentes tipos de casos, como los mencionados en el artículo 6, apartado 6, de la Directiva relativa al retorno (decisión sobre la finalización de la situación regular combinada con una decisión de retorno), e implica que no es necesaria una evaluación reiterada del riesgo de vulneración del principio de no devolución si el respeto de dicho principio ya se ha evaluado en procedimientos anteriores, si la evaluación es definitiva y si no ha habido ningún cambio en la situación individual del nacional del tercer país de que se trate. En esa misma línea, debe evitarse la evaluación reiterada de otros elementos que podrían invocarse con el fin de impedir el retorno. Los Estados miembros deben adoptar medidas para evitar las evaluaciones reiteradas, por ejemplo, combinando en un solo acto procesal, en la medida de lo posible, las audiencias administrativas de las autoridades nacionales competentes para distintos fines (por ejemplo, la renovación o la concesión de un permiso de residencia, la determinación del derecho a entrar en el territorio de un Estado miembro o la decisión final denegatoria de una solicitud de protección internacional), siempre que el derecho a ser oído se respete plenamente. En este contexto, podrían desarrollarse instrumentos innovadores como, por ejemplo, las videoconferencias con este fin. Los Estados miembros deben velar por que la aplicación de dichas medidas no redunde en perjuicio del respeto de las garantías procesales, y deben prestar especial atención a las personas que necesitan garantías procesales especiales, en particular los menores (véase más adelante).

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2013, G. y R., asunto C-383/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:533.

<sup>(2)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida, asunto C-249/13, ECLI:EU:C:2014:2431.

<sup>(3)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2014, Mukarubega, asunto C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336.

El derecho a ser oído incluye la posible aplicación de los artículos 5 y 6, apartados 2 a 5, de la Directiva relativa al retorno y las disposiciones detalladas del retorno, tales como el plazo señalado para la salida voluntaria y si el retorno es voluntario o forzoso. Sin embargo, la autoridad no debe advertir al nacional de un tercer país, antes de la audiencia, que se propone adoptar una decisión de retorno, ni revelar información en la que tenga previsto basarse para motivar tal decisión, ni concederle un tiempo de reflexión, siempre que el nacional de un tercer país tenga la posibilidad efectiva de expresar su punto de vista sobre la irregularidad de su situación y los motivos que, en virtud del Derecho nacional, pudieran justificar que esa autoridad se abstuviese de dictar una decisión de retorno (sentencia del TJUE en el asunto C-249/13, Boudjlida).

Las garantías procesales contenidas en los artículos 12 y 13 de la Directiva relativa al retorno se deben aplicar a todas las decisiones relacionadas con el retorno, sin limitarse a los tres tipos de decisiones mencionados en el artículo 12, apartado 1, de dicha Directiva.

El derecho del menor a ser oído en los procedimientos de retorno de que sean objeto o que les afecten debe ser respetado. De conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y teniendo en cuenta la Observación General n.º 12 del Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño relativa al derecho del niño a ser escuchado <sup>(1)</sup>, el menor debe ser oído, bien directamente o a través de un representante o de un órgano apropiado; debe respetarse el derecho a manifestar libremente sus opiniones y hay que tomar en consideración debidamente las opiniones de los menores, en función de su edad y madurez, teniendo en cuenta las posibles dificultades de comunicación, con el fin de que su participación tenga sentido.

A fin de garantizar en la práctica el respeto del derecho del menor a ser oído, las medidas adoptadas por los Estados miembros deben guiarse por los siguientes principios fundamentales:

- la expresión de opiniones es una opción y no una obligación,
- el derecho a ser oído no debe estar sujeto a límites de edad u otras restricciones arbitrarias, en la legislación o en la práctica,
- el menor debe ser oído en un entorno que se ajuste a sus necesidades,
- los medios utilizados para dar efecto al derecho a ser oído deben adaptarse al nivel de comprensión y la capacidad de comunicación del menor, y deben tener en cuenta las circunstancias del caso,
- teniendo en cuenta la necesidad de proteger a los menores contra todo perjuicio, el menor no debe ser entrevistado más veces de las necesarias,
- facilitar la expresión de opiniones puede requerir medidas especiales para los menores en situaciones particularmente vulnerables, incluida la prestación de servicios de interpretación y traducción.

Recogida de información sobre el tráfico ilícito: de acuerdo con las prioridades establecidas en el *Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes 2015-2020* <sup>(2)</sup>, y en particular la necesidad de mejorar la recopilación y la puesta en común de información, la Comisión recomienda que los Estados miembros adopten mecanismos adecuados para garantizar una recogida sistemática de información de los nacionales de terceros países detenidos en situación irregular, con pleno respeto de los derechos fundamentales y el acervo de la UE en materia de asilo. Se insta a los Estados miembros a que, al conceder el derecho a ser oído antes de adoptar una decisión de retorno, inviten a las personas retornadas a compartir la información que puedan tener sobre el *modus operandi* y las rutas de las redes de tráfico ilícito de migrantes, así como sobre los vínculos con la trata de seres humanos y otros delitos y sobre las transferencias financieras. Las autoridades y los servicios pertinentes (inmigración, fronteras, policía), tanto a nivel nacional como de la UE, deben recopilar e intercambiar la información que obtengan en este contexto de conformidad con la legislación nacional y las mejores prácticas intercambiadas en los foros pertinentes de la UE.

## 12.2. Decisiones relativas al retorno

La Directiva relativa al retorno regula de manera expresa diferentes decisiones relativas al retorno, a saber:

- 1) decisiones de retorno (artículo 3, punto 4, y artículo 6, apartado 1);
- 2) decisiones sobre el plazo de salida voluntaria, así como sobre la ampliación de ese plazo (artículo 7);

<sup>(1)</sup> Naciones Unidas, Observación General n.º 12 (2009): *El derecho del niño a ser escuchado*, 2009, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html>.

<sup>(2)</sup> COM(2015) 285 final.

- 3) decisiones de expulsión (artículo 8, apartado 3);
- 4) decisiones de aplazamiento de la expulsión (artículo 9);
- 5) decisiones sobre las prohibiciones de entrada, así como sobre la suspensión o la revocación de una prohibición de entrada (artículo 11);
- 6) decisiones de internamiento y de prórroga del internamiento (artículo 15).

La mayor parte de las decisiones anteriores son accesorias a la decisión de retorno y normalmente se deben adoptar junto con la decisión de retorno en un único acto administrativo: las decisiones de retorno pueden incluir un plazo para la salida voluntaria (artículo 7), una prohibición de entrada (artículo 11) y, aunque no es necesario, una decisión de expulsión (en caso de incumplimiento del plazo de salida voluntaria).

En ciertos casos, estas decisiones accesorias se pueden modificar:

- si la persona de que se trata no ha respetado la obligación de retorno en el plazo de salida voluntaria, la prohibición de entrada se puede imponer en una fase sucesiva como elemento accesorio y posterior de una decisión de retorno ya dictada [artículo 11, apartado 1, letra b)],
- una prohibición de entrada dictada previamente se puede revocar o suspender (artículo 11, apartados 3 a 5),
- un plazo para la salida voluntaria ya concedido se puede prorrogar (artículo 7, apartado 2),
- una decisión de retorno (o una orden de expulsión) que ya sea ejecutable se puede aplazar (artículo 9).

El artículo 6, apartado 6, de la Directiva relativa al retorno confirma un principio general que permite a los Estados miembros combinar diferentes decisiones (incluso decisiones que no están directamente relacionadas con el retorno) en un único acto administrativo o judicial, siempre que se respeten las garantías y las disposiciones pertinentes de cada decisión concreta. Por tanto, las decisiones sobre la finalización de la situación regular (como la denegación final de una solicitud de asilo, la revocación de un visado o la no renovación de un permiso de residencia) se pueden adoptar por separado o junto con una decisión de retorno en un único acto administrativo o judicial.

Los Estados miembros deben actuar con la diligencia debida y tomar sin demora una decisión sobre el estatus jurídico de los nacionales de terceros países (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-329/11, *Achoughbabian*, apartado 31): «[...] las autoridades competentes están obligadas, para evitar menoscabar el objetivo de la Directiva 2008/115/CE, [...] a actuar con diligencia y a definir sin tardanza su posición acerca del carácter regular o irregular de la situación del interesado». Por lo tanto, se insta a los Estados miembros a que adopten las decisiones de retorno, junto con las decisiones sobre la finalización de la situación regular, en un único acto administrativo o judicial. Cuando no sea posible hacerlo (por ejemplo, la autoridad responsable de denegar la renovación de un permiso de residencia no está facultada para dictar decisiones de retorno), los Estados miembros deben establecer procedimientos rápidos y eficaces, con la participación de las autoridades competentes, para garantizar que la información se intercambie rápidamente y las decisiones de retorno se dicten sin demora tras la decisión sobre la terminación de la situación regular, sin perjuicio del derecho a conceder una autorización o derecho de estancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno.

Ejemplos concretos:

- Si un Estado miembro decide cancelar el visado de un nacional de un tercer país y darle un plazo de siete días para salir voluntariamente de su territorio, ¿es esta una decisión de retorno en el contexto de la Directiva relativa al retorno? ¿O está cubierta por otras normas de la UE relativas a los visados?
  - Tal decisión puede constar de dos componentes: una decisión de revocación del visado y una decisión de retorno en el sentido de la Directiva relativa al retorno. Si el visado se cancela con efecto inmediato, el nacional de un tercer país se encontrará en situación irregular en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno y será de aplicación el artículo 6 (obligación de dictar una decisión de retorno) de la Directiva. Paralelamente, la cancelación del visado puede ser objeto de recurso en virtud de las normas sobre visados contenidas en el Código de visados <sup>(1)</sup> (la posibilidad de adoptar varias decisiones junto con una decisión de retorno se menciona de manera expresa en el artículo 6, apartado 6, de la Directiva relativa al retorno).

<sup>(1)</sup> Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados) (DO L 243 de 15.9.2009, p. 1).

- Si se encuentra a un nacional de un tercer país en su territorio con el visado necesario, pero este no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de estancia (artículo 6 del CFS), parecería que el Estado miembro puede dictar una decisión de retorno. ¿Significaría automáticamente esa decisión de retorno (tal vez acompañada de una prohibición de entrada) que el visado ha perdido su validez?
- De conformidad con el artículo 34, apartado 2, del Código de visados: «El visado será retirado si se pone de manifiesto que han dejado de cumplirse las condiciones necesarias para la expedición de un visado» (es decir, las condiciones de entrada del CFS). Las autoridades que adopten una decisión de retorno se deben asegurar también de que el visado se retire. Sin embargo, ambas decisiones se pueden adoptar en un único acto administrativo. Se debe evitar dictar una decisión de retorno y permitir que la persona de que se trate salga con su visado válido (uniforme).
- ¿Puede una decisión denegatoria de una solicitud de asilo imponer también una obligación de retorno?
- Sí. La denegación final de una solicitud de asilo y una decisión de retorno se pueden dictar en un único acto en virtud del artículo 6, apartado 6 de la Directiva relativa al retorno. Dicho acto combinado consiste, desde un punto de vista estrictamente lógico, en dos decisiones consecutivas e interrelacionadas, separadas por un «momento lógico».

### 12.3. Forma de las decisiones y traducción

Base jurídica: artículo 12, apartados 1 a 3, de la Directiva relativa al retorno.

1. *Las decisiones de retorno y —si se dictan— las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito y consignarán los fundamentos de hecho y de derecho, así como información sobre las vías de recurso de que se dispone. La información sobre los fundamentos de hecho podrá sujetarse a limitaciones en los casos en que el Derecho nacional permita la restricción del derecho de información, en particular para salvaguardar la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública y para la prevención, investigación, detección y persecución de delitos.*

La piedra angular de las garantías procesales previstas en la Directiva relativa al retorno es una decisión por escrito. Este requisito no se puede ignorar. Sin embargo, la información facilitada a la persona retornada no se debe limitar a las referencias a los recursos judiciales disponibles. Se insta a los Estados miembros a facilitar otras informaciones relativas a medios prácticos de cumplimiento de la decisión. Se recomienda dar a la persona retornada información sobre, por ejemplo, si el Estado miembro podría contribuir a los costes de transporte, si la persona retornada se puede acoger a un programa de retorno voluntario asistido o si se puede conseguir una prórroga del plazo para cumplir la decisión de retorno. También se debe informar a la persona retornada sobre la obligación de abandonar el territorio de los Estados miembros de la UE y países asociados a Schengen, así como sobre las consecuencias del incumplimiento de la obligación de retorno, con el fin de animarla a salir voluntariamente.

En virtud del artículo 6, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva sobre las sanciones aplicables a los empleadores, se informará a las personas retornadas del derecho que les confiere dicha Directiva a reclamar a su empleador la remuneración pendiente, así como de los mecanismos de demanda disponibles. Esta información también se podría incluir en la decisión de retorno o adjuntarse a ella.

2. *Los Estados miembros proporcionarán, previa petición, una traducción escrita u oral de los principales elementos de las decisiones relativas al retorno, conforme a lo dispuesto en el apartado 1, incluida información sobre las vías de recurso disponibles, en una lengua que el nacional de un tercer país comprenda o pueda suponerse razonablemente que comprende.*

La petición de una traducción puede ser formulada por la persona retornada o por su representante legal. El Estado miembro es libre de elegir entre una traducción escrita o una traducción oral, siempre que se asegure de que el nacional de un tercer país puede comprender su contexto y su contenido. No se puede exigir el pago de una tasa por la traducción, pues ello menoscabaría el espíritu de la disposición, que es facilitar a la persona retornada la información necesaria para que comprenda plenamente su situación legal y cumpla en última instancia la decisión de retorno.

La lengua que pueda suponerse razonablemente que el nacional de un tercer país comprende se decidirá con arreglo a la legislación de aplicación y la práctica administrativa nacionales. Esta evaluación se puede realizar de la misma manera y con arreglo a los mismos criterios que en los procedimientos de asilo (artículo 12 de la Directiva sobre procedimientos de asilo, artículo 22 de la Directiva sobre cualificación refundida y artículo 5 de la Directiva sobre condiciones de acogida), teniendo en cuenta que, debido a la complejidad de los procedimientos de asilo, los requisitos de la traducción en este ámbito pueden ser superiores. El acervo en materia de asilo exige que los Estados miembros realicen todos los esfuerzos razonables para facilitar una traducción a una lengua que la persona interesada entienda realmente, y la falta de intérpretes solo podrá ser un motivo válido para no hacerlo cuando se trate de lenguas extremadamente raras de las cuales exista una carencia objetiva de intérpretes. Una situación en la que existan traductores a la lengua pertinente, pero no estén disponibles por razones internas de la administración, no puede aducirse como motivo para no prestar el servicio de traducción.

La posibilidad de utilizar plantillas para racionalizar la tarea de la administración no se limita al ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 3 (véase más adelante). Si la plantilla permite facilitar una traducción individualizada de la decisión a una lengua que la persona de que se trate comprenda o cuya comprensión por dicha persona sea razonable suponer, dicha traducción cumplirá lo dispuesto en el artículo 12, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno y no será necesario recurrir o remitirse a la excepción del artículo 12, apartado 3.

3. *Los Estados miembros podrán decidir no aplicar el apartado 2 a los nacionales de terceros países que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en él.*

*En tales casos, las decisiones relativas al retorno a que se refiere el apartado 1 se consignarán a través de un formulario tipo según disponga la legislación nacional.*

*Los Estados miembros facilitarán folletos informativos generales en los que se explicarán los principales elementos del formulario tipo en al menos cinco de las lenguas que con mayor frecuencia utilicen o comprendan los inmigrantes ilegales que llegan al Estado miembro de que se trate.*

El uso de un formulario tipo para el retorno en virtud del artículo 12, apartado 3, de la Directiva relativa al retorno constituye una excepción a la norma general que solo se puede utilizar cuando un nacional de un tercer país haya entrado en el territorio de un Estado miembro de manera ilegal.

El uso de un formulario tipo en estos casos es una opción para los Estados miembros. Se debe prestar atención a las diferencias que pueden existir entre los casos de entrada ilegal cubiertos por el artículo 12, apartado 3, de la Directiva relativa al retorno y los «casos fronterizos» descritos en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva: véase el apartado 2.1. Un nacional de un tercer país en situación irregular que sea detenido en el territorio de un Estado miembro tres meses después de su entrada ilegal no está cubierto por el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva relativa al retorno, pero puede estar cubierto por la excepción del artículo 12, apartado 3.

Cruce ilegal de fronteras interiores: el apartado 3 se aplica a los nacionales de terceros países «que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en él». En el contexto concreto de esta disposición de la Directiva relativa al retorno, el término «entrada ilegal» también cubre los casos de entrada de un nacional de un tercer país en situación irregular procedente de otro Estado miembro en incumplimiento de las condiciones de entrada y estancia aplicables en ese Estado miembro. Se debe prestar atención a la posibilidad de que en esos casos concretos (entrada procedente de otro Estado miembro) sea de aplicación el artículo 6, apartados 2 o 3, de la Directiva relativa al retorno.

El artículo 12, apartado 3, no contiene excepciones relativas a las vías de recurso aplicables. Por tanto, las vías de recurso que se mencionan en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno también se han de ofrecer cuando se utilice el formulario tipo mencionado en el artículo 12, apartado 3.

#### 12.4. Vías de recurso

Base jurídica: artículo 13, apartados 1 y 2, de la Directiva relativa al retorno.

1. *Se concederá al nacional de un tercer país de que se trate el derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno o pidiendo que se revisen estas, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, apartado 1, ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia.*

Se deben proporcionar vías de recurso efectivas contra todas las decisiones relativas al retorno. El término «decisiones relativas al retorno» debe entenderse en sentido amplio y abarca las decisiones sobre todas las cuestiones reguladas por la Directiva relativa al retorno, incluidas las decisiones de retorno, las decisiones de concesión o prórroga de un plazo para la salida voluntaria, las decisiones de expulsión, las decisiones de aplazamiento de una expulsión, las decisiones sobre prohibiciones de entrada y las decisiones sobre la suspensión o la revocación de una prohibición de entrada (véase el apartado 12.2). Las vías de recurso aplicables en caso de decisiones de internamiento, así como de prórroga del internamiento, están reguladas con más detalle en el artículo 15 de la Directiva relativa al retorno, relativo al internamiento (véase el apartado 14).

Naturaleza del órgano revisor: conforme a los artículos 6 y 13 del CEDH y al artículo 47 de la CDF, el órgano de apelación debe ser en sustancia un tribunal independiente e imparcial. El artículo 13, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno se inspira en gran medida en la Directriz n.º 5.1 del Consejo de Europa y se debe interpretar de acuerdo con la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). De conformidad con dicha jurisprudencia, el órgano revisor también puede ser una autoridad administrativa, siempre que dicha autoridad esté formada por miembros imparciales que gocen de garantías de independencia y que las disposiciones nacionales prevean la posibilidad de que la decisión sea revisada por una autoridad judicial, de acuerdo con las normas establecidas en el artículo 47 de la CDF relativo a la tutela judicial efectiva.

Existen varias garantías para contrarrestar el riesgo de un abuso eventual de la posibilidad de recurrir: el artículo 13 no prevé un efecto suspensivo automático en todas las circunstancias (apartado 2) y la asistencia jurídica gratuita puede ser limitada si no es probable que el recurso prospere (apartado 4). También conviene prestar atención al principio general de cosa juzgada del Derecho de la Unión.

Los plazos para la interposición de recursos contra las decisiones de retorno deben ser establecidos por el Derecho nacional. La Comisión recomienda que, a fin de evitar un posible abuso de derechos y procedimientos, en particular los recursos interpuestos poco antes de la fecha prevista de expulsión, los Estados miembros prevean para la presentación de recursos contra las decisiones de retorno los plazos más cortos establecidos por el Derecho nacional en situaciones comparables, siempre que ello no suponga una injerencia desproporcionada en el derecho a la tutela judicial efectiva. Las resoluciones judiciales deben adoptarse sin demoras indebidas.

2. *La autoridad u órgano mencionados en el apartado 1 serán competentes para revisar las decisiones relativas al retorno a que se refiere el artículo 12, apartado 1, pudiendo asimismo suspender temporalmente su ejecución, salvo cuando la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la legislación nacional.*

Efecto suspensivo: el órgano de apelación debe ser competente para suspender la ejecución de una decisión de retorno en casos concretos. En la legislación nacional debe estar claramente previsto que el propio órgano revisor (el órgano que revisa la decisión relativa al retorno) tenga la facultad de suspender la ejecución en el marco de un procedimiento.

Obligación de conceder un efecto suspensivo automático en caso de riesgo de devolución: la jurisprudencia del TEDH exige un efecto suspensivo automático en los asuntos en los que existan motivos sustanciales para creer que, de ser retornada, la persona de que se trate quedará expuesta a un riesgo real de malos tratos contrario al artículo 3 del CEDH (riesgo de tortura o de penas o tratos inhumanos o degradantes): véase el artículo 39 del Reglamento del TEDH. Así pues, el artículo 13 de la Directiva relativa al retorno, interpretado en combinación con los artículos 5 y 9 de la misma Directiva, obliga al órgano revisor a conceder un efecto suspensivo *ipso iure* de acuerdo con este requisito cuando está en juego el principio de no devolución.

Obligación de conceder el efecto suspensivo automático en caso de riesgo de deterioro grave e irreversible del estado de salud: en su sentencia en el asunto C-562/13, *Abdida* <sup>(1)</sup> (apartado 53), el TJUE confirmó: «[...] los artículos 5 y 13 de la Directiva 2008/115/CE, entendidos a la luz de los artículos 19, apartado 2, y 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que no prevé un recurso de efecto suspensivo contra una decisión de retorno cuya ejecución puede exponer al nacional interesado de un tercer país a un riesgo grave de deterioro serio e irreversible de su estado de salud».

La Comisión recomienda que se conceda un efecto suspensivo automático a los recursos interpuestos contra una decisión de retorno solo en los casos obligatorios citados, para encontrar el justo equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno. Cuando el recurso se refiera a otros motivos (por ejemplo, defectos procesales, respeto de la unidad familiar, protección de otros derechos o intereses) y cuando no estén en juego un daño irreparable a la vida o un riesgo grave de deterioro serio e irreversible del estado de salud, el Estado miembro podrá decidir no conceder un efecto suspensivo automático a los recursos. Sin embargo, las autoridades u organismos nacionales competentes deben conservar en todo caso la facultad de decidir suspender temporalmente la ejecución de una resolución en casos concretos, cuando lo consideren necesario por otros motivos (por ejemplo, vida familiar, salud o el interés superior del menor).

## 12.5. Asistencia lingüística y asistencia jurídica gratuita

Base jurídica: artículo 13, apartados 3 y 4, de la Directiva relativa al retorno; artículos 20 y 21 de la Directiva 2013/32/UE («Directiva de procedimientos de asilo»), en sustitución del artículo 15, apartados 3 a 6, de la Directiva 2005/85/CE del Consejo <sup>(2)</sup>.

3. *El nacional de un tercer país de que se trate tendrá la posibilidad de obtener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística.*

La asistencia lingüística no implica únicamente la obligación de facilitar una traducción de la decisión (ya cubierta por el artículo 12, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno), sino también la obligación de proporcionar la asistencia de intérpretes para que el nacional de un tercer país pueda ejercer los derechos procesales que le otorga el artículo 13 de la Directiva.

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453.

<sup>(2)</sup> 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 (DO L 326 de 13.12.2005, p. 13), derogada por la Directiva 2013/32/UE.

En este contexto, conviene recordar que, en el asunto Conka contra Bélgica <sup>(1)</sup>, el TEDH señaló la disponibilidad de intérpretes como uno de los factores que afectan a la accesibilidad a una vía de recurso efectiva. El Estado miembro ha de conceder el derecho del nacional de un tercer país a recibir asistencia lingüística de tal manera que la persona interesada tenga la posibilidad concreta y práctica de hacer uso de él (efecto útil de la disposición).

4. *Los Estados miembros velarán por que la asistencia jurídica y/o la representación legal necesaria se conceda, previa solicitud, de forma gratuita con arreglo a la legislación nacional pertinente o las normas relativas a la asistencia jurídica gratuita, y podrán disponer que tal asistencia jurídica y/o representación legal gratuita esté sujeta a las condiciones establecidas en el artículo 15, apartados 3 a 6, de la Directiva 2005/85/CE.*

Asistencia jurídica y representación legal: el apartado 4 especifica los casos y las condiciones en que los Estados miembros han de sufragar las costas del asesoramiento jurídico y la representación legal, refiriéndose, en esencia, a las condiciones enumeradas en la Directiva de procedimientos de asilo. Los Estados miembros deben ofrecer gratuitamente tanto asistencia jurídica como representación legal si se cumplen las condiciones establecidas en la Directiva y en la legislación nacional de aplicación.

La solicitud de asistencia jurídica o representación legal gratuitas la pueden presentar la persona retornada o su representante en cualquier momento apropiado del procedimiento.

Asesoramiento jurídico por parte de las autoridades administrativas: en principio, si la información que se facilita es objetiva y no está sesgada (efecto útil), las autoridades administrativas responsables de dictar las decisiones de retorno también pueden ofrecer asesoramiento jurídico. Es importante que la persona que facilite la información actúe de manera imparcial e independiente, a fin de evitar posibles conflictos de intereses. Por tanto, la persona que decida sobre el asunto o lo revise, por ejemplo, no podrá encargarse de facilitar esta información. Una buena práctica que ya se está aplicando en algunos Estados miembros consiste en establecer una separación entre las autoridades encargadas de adoptar las decisiones y las que facilitan información jurídica y procesal. No obstante, si un Estado miembro decide atribuir esta última responsabilidad a las autoridades encargadas de adoptar las decisiones, se debe garantizar una separación clara de las tareas del personal implicado (por ejemplo, creando un departamento separado e independiente que se encargue únicamente de facilitar información jurídica y procesal).

Condiciones de la asistencia jurídica/representación legal gratuitas — Referencia al artículo 15, apartados 3 a 6, de la Directiva 2005/85/CE: la referencia a determinadas condiciones o limitaciones que los Estados miembros pueden prever para la asistencia jurídica gratuita es una referencia dinámica y debe entenderse como referencia a los artículos 20 y 21 de la Directiva sobre procedimientos de asilo en vigor y que sustituye a la Directiva 2005/85/CE. De conformidad con las disposiciones mencionadas, los Estados miembros podrán disponer que la asistencia jurídica y la representación legal gratuitas solo se concederán:

- cuando un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente estimare que el recurso tiene posibilidades reales de prosperar,
- a quienes carezcan de medios suficientes,
- mediante los servicios prestados por asesores jurídicos u otros consejeros designados específicamente por el Derecho nacional para asistir y representar a los solicitantes,
- en los procedimientos de recurso en primera instancia y no para nuevos recursos o revisiones.

Los Estados miembros podrán, además:

- imponer límites económicos o temporales a la prestación de asistencia jurídica y representación legal gratuitas, siempre que dichos límites no restrinjan de manera arbitraria el acceso a este derecho,
- disponer que, por lo que respecta a las tasas y costas, el trato a los solicitantes no sea más favorable que el trato que se dispensa generalmente a sus nacionales en materia de asistencia jurídica,
- exigir el reembolso total o parcial de cualquier gasto sufragado, cuando la situación financiera del solicitante haya mejorado considerablemente o si la decisión de sufragar tales gastos se hubiese adoptado sobre la base de información falsa facilitada por el solicitante.

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2002, Čonka contra Bélgica, demanda n.º 51 564/99.

Recurso efectivo contra la denegación de asistencia jurídica gratuita: en caso de que la decisión de no conceder asistencia jurídica ni representación legal gratuitas la adopte una autoridad distinta de un órgano jurisdiccional, los Estados miembros deberán garantizar al solicitante el derecho a un recurso efectivo contra dicha decisión ante un órgano jurisdiccional. El derecho a un recurso efectivo y a un juicio justo figura entre los derechos fundamentales que forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y la observancia de tales derechos es obligatoria incluso cuando la legislación aplicable no prevea expresamente este requisito procesal.

### 13. GARANTÍAS A LA ESPERA DEL RETORNO

Base jurídica: artículo 14, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno.

*Los Estados miembros velarán, con excepción de la situación cubierta por los artículos 16 y 17, por que se tengan en cuenta, en la medida de lo posible, los siguientes principios en relación con los nacionales de terceros países durante el plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7 y durante los períodos de aplazamiento de la expulsión de conformidad con el artículo 9:*

- a) mantenimiento de la unidad familiar con los miembros de la familia presentes en su territorio;*
- b) prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades;*
- c) acceso para los menores, en función de la duración de su estancia, al sistema de enseñanza básica;*
- d) consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables.*

*Recordatorio/explicación:* la Directiva relativa al retorno permite que los Estados miembros elijan entre dictar decisiones de retorno contra nacionales de terceros países en situación irregular o concederles un derecho de estancia. Este enfoque debería ayudar a reducir las zonas grises. Sin embargo, en la práctica también puede aumentar el número absoluto de casos en que los Estados miembros dictan decisiones de retorno que no se pueden ejecutar debido a obstáculos prácticos o jurídicos a la expulsión (por ejemplo, demoras en la obtención de los documentos necesarios de terceros países y casos de no devolución). A fin de evitar un vacío legal para estas personas, la Comisión propuso establecer un nivel mínimo de condiciones de estancia para los nacionales de terceros países en situación irregular para quienes se había pospuesto la ejecución de la decisión de retorno, o que no podían ser expulsados por referencia al contenido del conjunto de condiciones ya establecidas en los artículos 7 a 10, el artículo 15 y los artículos 17 a 20 de la Directiva 2003/9/CE <sup>(1)</sup> del Consejo («Directiva sobre las condiciones de acogida»), que regula, en lo fundamental, cuatro derechos básicos: 1. unidad familiar; 2. asistencia sanitaria; 3. escolarización y educación de los menores, y 4. respeto de las necesidades especiales de las personas vulnerables. No se hizo alusión a otros derechos importantes contemplados en la Directiva sobre las condiciones de acogida, como el acceso al empleo y las condiciones materiales de acogida. Tras las negociaciones, en el curso de las cuales se expresó preocupación por que las referencias a la Directiva sobre las condiciones de acogida se percibiesen como una «mejora» de la situación de los migrantes irregulares y enviase un mensaje político equivocado, se estableció una lista de derechos «propia».

El alcance de las situaciones cubiertas por el artículo 14, apartado 1, es amplio: cubre el plazo para la salida voluntaria, así como cualquier aplazamiento formal o *de facto* de la expulsión de conformidad con el artículo 9 de la Directiva relativa al retorno (recurso con efecto suspensivo; posible vulneración del principio de no devolución; motivos de salud; razones técnicas y fracaso de los esfuerzos de expulsión por falta de identificación). Los períodos de internamiento quedan expresamente excluidos, pues las garantías correspondientes se regulan en otra parte (véase el apartado 15).

La atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades es un derecho mínimo básico y el acceso al mismo no debe depender del pago de tasas.

Acceso a la educación: la limitación «en función de la duración de su estancia» se debe interpretar de manera restrictiva. En caso de duda acerca de la duración probable de la estancia antes del retorno, es preferible que se dé acceso a la educación. Una práctica nacional en la que el acceso al sistema educativo solo se establezca si la duración de la estancia es superior a catorce días se puede considerar aceptable. En lo referente a los problemas prácticos, como los casos en los que el menor carezca de documentación que acredite la educación ya recibida en otros países o no hable ninguna lengua en la que se le pueda ofrecer educación en el Estado miembro, se tendrán que encontrar respuestas apropiadas a nivel nacional que tengan en cuenta el espíritu de la Directiva y los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes, como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Observación General n.º 6 sobre dicha Convención <sup>(2)</sup>. También se puede buscar inspiración en el acervo en materia de asilo, y en particular en el artículo 14 de la Directiva sobre las condiciones de acogida 2013/33/UE.

<sup>(1)</sup> 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 de 6.2.2003, p. 18).

<sup>(2)</sup> Naciones Unidas, *Observación General n.º 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>.

Otras necesidades básicas: en su sentencia en el asunto C-562/13, *Abdida*, el TJUE consideró que los Estados miembros están obligados a atender también otras necesidades básicas para garantizar que se puedan prestar efectivamente la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades durante el período en el que el Estado miembro interesado esté obligado a aplazar la expulsión. Corresponde a los Estados miembros determinar la manera de satisfacer estas necesidades básicas del nacional de un tercer país interesado.

La lógica en que se basó el TJUE para establecer esta obligación fue que la exigencia de prestar atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades prevista en el artículo 14, apartado 1, letra b), podría quedar desprovista de sentido si no existiera una exigencia correlativa de satisfacer las necesidades básicas del nacional de un tercer país interesado. Basándose en esta lógica desarrollada por el TJUE, y a la luz de las indicaciones proporcionadas en la jurisprudencia pertinente del TEDH, se puede deducir que el disfrute de los demás derechos enumerados en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno (en particular, el acceso a la educación y la consideración de las necesidades de las personas vulnerables) también da lugar a una exigencia correlativa de satisfacer las necesidades básicas del nacional de un tercer país interesado.

Si bien el Derecho de la Unión no impone ninguna obligación jurídica general de satisfacer las necesidades básicas de todos los nacionales de terceros países a la espera de retorno, la Comisión insta a los Estados miembros a hacerlo en su legislación nacional, con el fin de garantizar a las personas retornadas unas condiciones de vida humanas y dignas.

### 13.1. Confirmación escrita

Base jurídica: artículo 14, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno.

*Los Estados miembros proporcionarán a las personas mencionadas en el apartado 1 confirmación escrita, de conformidad con la legislación nacional, de que se ha prorrogado el plazo para la salida voluntaria, de conformidad con el artículo 7, apartado 2, o de que la decisión de retorno no se ejecutará temporalmente.*

El considerando 12 de la Directiva relativa al retorno especifica: «Para poder demostrar su situación concreta en el caso de controles o verificaciones administrativas, es preciso proporcionar a estas personas una confirmación escrita de su situación. Los Estados miembros deben disfrutar de amplia discreción sobre la forma y formato de la confirmación escrita y deben también poder incluirla en las decisiones relativas al retorno adoptadas en virtud de la presente Directiva».

Forma de la confirmación escrita: los Estados miembros disfrutan de amplia discrecionalidad. La confirmación puede o bien ser un documento separado expedido por las autoridades nacionales, o bien estar integrada en una decisión formal de retorno. Es importante que permita a la persona retornada demostrar claramente, en caso de control policial, que ya está sujeta a una decisión de retorno pendiente y que goza de un plazo para la salida voluntaria o un aplazamiento formal de la expulsión, o que está sujeta a una decisión de retorno que no se puede ejecutar de momento. La confirmación debe especificar, si es posible, la duración del plazo para la salida voluntaria o el aplazamiento.

En los Estados miembros cuyos sistemas de intercambio de datos permitan la rápida verificación del estatuto de migrante irregular en caso de controles policiales sobre la base de ciertos datos personales o números de referencia, el requisito de la confirmación escrita se puede considerar satisfecho si se proporcionan a la persona de que se trate documentos que contengan esos datos personales o números de referencia (o si ya los posee).

### 13.2. Situaciones de irregularidad prolongada

No obligación de conceder un permiso a las personas retornadas «no expulsables»: los Estados miembros no están obligados a conceder un permiso a las personas retornadas una vez queda claro que no existen perspectivas razonables de expulsión, si bien son libres de hacerlo en cualquier momento en aplicación del artículo 6, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno (véase el apartado 5.6).

A este respecto, el TJUE aclaró expresamente en el asunto C-146/14, *Mahdi* <sup>(1)</sup> (apartados 87 y 88): «[...] la Directiva 2008/115/CE [...] no tiene por objeto regular las condiciones de estancia en el territorio de un Estado miembro de los nacionales de terceros países en situación irregular respecto de los que una decisión de retorno no puede o no ha podido ser ejecutada. [...] Sin embargo, el artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2008/115 permite a los Estados miembros conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo».

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:1320).

Criterios que se han de tener en cuenta para la concesión de permisos: como se ha destacado más arriba, los Estados miembros no tienen la obligación legal de expedir permisos a las personas retornadas no expulsables y gozan de una amplia discrecionalidad. En este contexto, se recomienda que los criterios de evaluación que los Estados miembros puedan aplicar incluyan elementos tanto individuales (relacionados con el asunto) como horizontales (relacionados con la política), tales como, en particular:

- la actitud cooperativa o no cooperativa de la persona retornada,
- la duración de la estancia real de la persona retornada en el Estado miembro,
- los esfuerzos de integración realizados por la persona retornada,
- la conducta de la persona retornada,
- los vínculos familiares,
- consideraciones humanitarias,
- la probabilidad de retorno en un futuro próximo,
- la necesidad de evitar recompensar la irregularidad,
- el impacto de las medidas de regularización en el modelo de migración de los posibles migrantes (irregulares),
- la probabilidad de movimientos secundarios dentro del espacio Schengen.

#### 14. INTERNAMIENTO

Las garantías procesales enumeradas en los artículos 12 (forma y traducción) y 13 (vías de recurso efectivas y asistencia jurídica gratuita) de la Directiva relativa al retorno son manifestaciones expresas de los derechos fundamentales a una buena administración, a ser oído, a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, que forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Por consiguiente, también se exige la observancia de estos derechos en relación con las decisiones de internamiento.

Además de estos requisitos generales, el artículo 15 de la Directiva relativa al retorno establece otros específicamente aplicables en relación con las decisiones de internamiento.

##### 14.1. Circunstancias que justifican el internamiento

Base jurídica: artículo 15, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno.

*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.*

La imposición de un internamiento con fines de expulsión es una grave intrusión en el derecho fundamental a la libertad de las personas, por lo que está sujeta a limitaciones estrictas.

Obligación de imponer el internamiento únicamente como último recurso: el artículo 8, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno obliga a los Estados miembros a adoptar «todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno». La posibilidad de imponer un internamiento es una de las medidas que pueden aplicar los Estados miembros como último recurso. En este contexto, el TJUE destacó expresamente en el asunto C-61/11, El Dridi (apartado 41), que la Directiva relativa al retorno prevé «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».

La obligación de los Estados miembros de proceder al internamiento existe solo en aquellas situaciones en las que está claro que es la única manera de asegurarse de que el proceso de retorno se pueda preparar y el proceso de expulsión pueda llevarse a cabo (necesidad de internamiento). Cualquier internamiento debe basarse en una evaluación individual, será lo más corto posible y solo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión (proporcionalidad del internamiento).

Motivos del internamiento: el único objetivo legítimo del internamiento en virtud de la Directiva relativa al retorno es preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, en particular cuando: 1) existe riesgo de fuga o 2) la persona retornada evita u obstaculiza la preparación del retorno o del proceso de expulsión. Cuando concurren tales motivos para el internamiento y no puedan aplicarse otras medidas menos coercitivas de manera efectiva en un caso concreto (última instancia), los Estados miembros podrán y deberán hacer uso del internamiento durante el tiempo necesario para asegurarse de que los procedimientos de retorno se lleven a cabo con éxito en cumplimiento de las disposiciones del artículo 8 de la Directiva relativa al retorno.

Aunque el texto de la Directiva relativa al retorno está redactado como una lista indicativa («especialmente»), estas dos situaciones concretas 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. La existencia de un motivo específico para el internamiento y la no disponibilidad de medidas menos coercitivas eficaces y suficientes se deben evaluar caso por caso. Una denegación de entrada en la frontera, la existencia de una descripción de denegación de entrada en el SIS, la falta de documentación o de residencia, la no cooperación y otros criterios o indicaciones pertinentes se han de tener en cuenta al evaluar si existe un riesgo de fuga (véase el apartado 1.6) que pueda motivar la necesidad de internamiento.

No internamiento por motivos de orden público: la posibilidad de mantener o prorrogar un internamiento por motivos de orden público no queda cubierta por el texto de la Directiva, y no está permitido que los Estados miembros utilicen el internamiento de inmigrantes con fines de expulsión como una forma de «pena leve de privación de libertad». El propósito principal del internamiento con fines de expulsión es asegurarse de que las personas retornadas no impidan la ejecución de la obligación de retorno mediante la fuga. El propósito del artículo 15 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. A este respecto, el TJUE falló en su sentencia en el asunto C-357/09, Kadzoev <sup>(1)</sup> (apartado 70): «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/CE. Por tanto, ninguna de las circunstancias mencionadas por el tribunal remitente puede constituir por sí misma una causa de internamiento en virtud de las disposiciones de esa Directiva». Sin embargo, la conducta que haya tenido anteriormente una persona que plantee un riesgo para el orden público y la seguridad pública (por ejemplo, el incumplimiento de las leyes administrativas en ámbitos diferentes de la legislación sobre migración o las infracciones del Derecho penal) se puede tener en cuenta al evaluar si existe riesgo de fuga (véase el apartado 1.6). 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.

Obligación de proporcionar alternativas al internamiento: se puede interpretar que el artículo 15, apartado 1, exige que cada Estado miembro prevea en su legislación nacional alternativas al internamiento; esta interpretación también es coherente con el contenido del considerando 16 de la Directiva («[...] si la aplicación de medidas menos coercitivas no es suficiente»). En su sentencia en el asunto C-61/11, El Dridi (apartado 39), el TJUE confirmó: «[...] se deduce del decimosexto considerando de dicha Directiva, así como del texto de su artículo 15, apartado 1, que los Estados miembros deben llevar a cabo la expulsión a través de las medidas menos coercitivas posibles. 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, esos Estados podrán privar de libertad a ese último mediante un internamiento». Sin embargo, esto no significa que el hecho de que el nacional de un tercer país ya esté sujeto a una medida menos coercitiva sea una condición previa para el internamiento.

El artículo 15, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno dispone que las medidas menos coercitivas deben ser «suficientes» y que debería ser posible aplicarlas «con eficacia» al nacional del tercer país de que se trate. Esto implica que, para dar cumplimiento a la obligación de prever alternativas al internamiento, los Estados miembros deben establecer en su legislación nacional alternativas al internamiento que puedan lograr los mismos objetivos del internamiento (es decir, prevenir la fuga y evitar que el nacional del tercer país evite o dificulte el retorno) sirviéndose de medios menos invasivos del derecho a la libertad del individuo. Las autoridades nacionales responsables de adoptar las decisiones relativas al internamiento y las alternativas al internamiento tienen que determinar si esas medidas menos coercitivas serían suficientes y eficaces en cada caso concreto.

Ejemplos de alternativas al internamiento son las restricciones de la residencia, las viviendas abiertas para familias, la asistencia de un trabajador social, la presentación periódica ante las autoridades, la entrega de documentos de identidad o de viaje, las fianzas y el control electrónico. El ACNUR ofrece algunos ejemplos concretos de buenas prácticas <sup>(2)</sup> sobre las alternativas al internamiento.

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 2009, Kadzoev, asunto C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:741.

<sup>(2)</sup> ACNUR, *Options paper 2: Options for governments on open reception and alternatives to detention* [Documento de opciones 2: opciones para los gobiernos en la acogida abierta y alternativas al internamiento], 2015, disponible en: <http://www.unhcr.org/protection/detention/5538e53d9/unhcr-options-paper-2-options-governments-open-reception-alternatives-detention.html>.

---

### Beneficios y riesgos: alternativas al internamiento

Entre los beneficios de proporcionar alternativas al internamiento figuran unas tasas de retorno más elevadas (incluida la salida voluntaria), una mayor cooperación con las personas retornadas en la obtención de los documentos necesarios, ventajas financieras (menor coste para el Estado) y menor coste humano (al evitar el sufrimiento del internamiento).

Los riesgos incluyen una mayor probabilidad de fuga, la posible aparición de factores incentivadores (los inmigrantes irregulares potenciales pueden ver los centros de internamiento alternativos, como las viviendas familiares, como algo atractivo) y posibles tensiones sociales en los alrededores de los centros abiertos.

Recomendación: el reto consiste en encontrar soluciones inteligentes, con una combinación adecuada de incentivos y elementos disuasorios. Una ausencia total de elementos disuasorios puede dar lugar a tasas de expulsión insuficientes. Al mismo tiempo, es posible que un sistema demasiado represivo, con internamiento sistemático, tampoco sea eficiente, pues ofrece a la persona retornada pocos incentivos para cooperar en el procedimiento de retorno. Los Estados miembros deben desarrollar y utilizar una amplia gama de alternativas para hacer frente a la situación de las diferentes categorías de nacionales de terceros países. El asesoramiento individual personalizado, que permite a la persona retornada hacerse cargo de su propio retorno, el compromiso temprano y la gestión global centrada en la resolución del caso han demostrado tener éxito. El objetivo debe ser un asesoramiento horizontal sistemático de todas las personas retornadas potenciales, que incluya información sobre las posibilidades de estancia regular o asilo, así como sobre el retorno voluntario y forzoso, desde una fase temprana (y no solo cuando ya se hayan tomado las decisiones de retorno forzoso).

---

### Aclaración adicional:

- Ser objeto de procedimientos de retorno: el requisito formal de «ser objeto de procedimientos de retorno» del artículo 15, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno no significa lo mismo que «ser objeto de una decisión de retorno». Si se cumplen todas las condiciones del artículo 15, el internamiento puede haberse impuesto antes de la adopción de una decisión de retorno formal: por ejemplo, mientras se están llevando a cabo los preparativos de la decisión de retorno y esta aún no se ha dictado.

### Ejemplos concretos:

- Puede que un nacional de un tercer país en situación irregular oculte (no revele) su identidad para evitar la expulsión. En estas circunstancias, ¿es legítimo mantener el internamiento para ejercer presión sobre él con el fin de que coopere y haga posible la expulsión?
- Este tipo de internamiento está cubierto por el artículo 15, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa al retorno, que menciona expresamente que evitar o dificultar «la preparación del retorno o el proceso de expulsión» constituye un motivo de internamiento. El artículo 15, apartado 6, letra a), incluye la «falta de cooperación» como uno de los dos casos que pueden justificar una prórroga del período máximo de internamiento por doce meses, y el objetivo y la finalidad general de este tipo de internamiento (*Beugehaft* o *Durchsetzungshaft*) es la expulsión, no la penalización. Cualquier internamiento con fines de expulsión debe respetar las disposiciones del artículo 15, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno: «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». Esto implica que cuando quede claro que ya no hay perspectivas razonables de expulsión, el internamiento deberá finalizar: por ejemplo, cuando quede claro que los documentos que ha de expedir un tercer país llegarán demasiado tarde o no serán expedidos, aunque el internado coopere.
- ¿Se puede mantener en internamiento a una persona retornada que presente una solicitud de asilo?
- La respuesta se encuentra en la sentencia del TJUE en el asunto C-534/11, Arslan <sup>(1)</sup> (apartados 49 y 63): «El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE [...] no es aplicable a un nacional de un país tercero que haya solicitado protección internacional conforme a la Directiva 2005/85/CE [...], y ello durante el período comprendido entre la presentación de la mencionada solicitud hasta la adopción de la resolución dictada en primera instancia que se pronuncie sobre dicha solicitud o, en su caso, hasta que se resuelva sobre el recurso que se haya interpuesto contra la citada resolución. [...] Las Directivas 2003/9/CE [...] no se oponen a que el nacional de un tercer país que haya presentado una solicitud de protección internacional en el sentido de la Directiva 2005/85/CE tras haber sido internado con arreglo al artículo 15 de la Directiva 2008/115/CE, se mantenga en internamiento sobre la base de una disposición de Derecho nacional cuando, tras una apreciación casuística de todas las circunstancias pertinentes, resulta que dicha solicitud fue presentada únicamente con el fin de

---

(1) Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013, Arslan, asunto C-534/11, ECLI:EU:C:2013:343.

obstaculizar o de frustrar la ejecución de la decisión de retorno y es objetivamente necesario mantener la medida de internamiento para evitar que el interesado eluda definitivamente su retorno». Nota: la referencia anterior al «Derecho nacional» se refiere a las normas nacionales de internamiento relacionado con el asilo, que transponen, en su caso, los requisitos del acervo de la UE en materia de asilo relacionado con el internamiento.

#### 14.2. Forma y control inicial del internamiento

Base jurídica: artículo 15, apartado 2, de la Directiva relativa al retorno.

*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.*

Las autoridades judiciales pueden estar compuestas por jueces, pero no es necesario que así sea. De conformidad con la jurisprudencia del TEDH, deben tener características de independencia e imparcialidad y ofrecer garantías de un procedimiento contradictorio.

Alcance del control judicial: el control debe evaluar todos los aspectos a los que se hace referencia expresa en el artículo 15, teniendo en cuenta tanto las cuestiones de Derecho (corrección del procedimiento de internamiento y de la decisión de internamiento desde el punto de vista procesal/legal) como las de hecho (situación personal del detenido, vínculos familiares en el país, garantías de salida del territorio y perspectivas razonables de expulsión).

Duración máxima del «control judicial rápido»: el texto de la Directiva relativa al retorno se inspira en el artículo 5, apartado 4, del CEDH, que exige un «control judicial rápido por un órgano judicial». La jurisprudencia pertinente del TEDH aclara que la duración máxima aceptable (plazo razonable) no se puede definir de manera abstracta; se debe determinar a la luz de las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta la complejidad de los procedimientos y el comportamiento de las autoridades y del solicitante. Adoptar una decisión en menos de una semana se puede considerar sin duda una mejor práctica que cumple las exigencias legales de rapidez.

La obligación de decisión escrita se aplica también a las decisiones de prórroga: la obligación de dictar una decisión escrita motivada se aplica también a las decisiones relativas a la prórroga del internamiento. En el asunto C-146/14, Mahdi, el TJUE aclaró de manera expresa (apartado 44): «Debe entenderse que esta exigencia de adoptar una decisión escrita se refiere también necesariamente a cualquier decisión sobre la prórroga del internamiento, debido, por una parte, a la naturaleza análoga del internamiento y de la prórroga de este, ya que ambos tienen como consecuencia privar de libertad al nacional del tercer país para preparar su retorno y/o llevar a cabo el proceso de expulsión, y, por otra parte, a que, en ambos casos, dicho nacional debe poder conocer los motivos de la decisión adoptada respecto a él».

Todas las garantías inherentes al respeto del derecho a ser oído son aplicables a las decisiones de internamiento y a las decisiones de prórroga del internamiento. Sin embargo, cuando este derecho no se respete, la decisión solamente quedará invalidada si, en caso de que se hubiera respetado, el resultado del procedimiento habría sido diferente. Consúltese a este respecto la sentencia del TJUE en el asunto C-383/13, G. y R.: «[...] el Derecho de la Unión, en particular el artículo 15, apartados 2 y 6, de la Directiva 2008/115, debe interpretarse en el sentido de que, cuando en el marco de un procedimiento administrativo se ha decidido la prórroga de una medida de internamiento con vulneración del derecho a ser oído, el juez nacional competente para apreciar la legalidad de esa decisión solo puede ordenar el levantamiento de la medida de internamiento si estima, a la vista de todas las circunstancias de hecho y de Derecho de cada caso concreto, que esa vulneración ha privado efectivamente a quien la invoca de la posibilidad de ejercer mejor su defensa, en tal grado que ese procedimiento administrativo hubiera podido llevar a un resultado diferente» (véase el apartado 12).

#### 14.3. Revisión regular del internamiento

Base jurídica: artículo 15, apartado 3, de la Directiva relativa al retorno.

*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.*

De conformidad con el artículo 15, apartado 3, párrafo primero, no es necesario que la decisión de revisión sea escrita: el TJUE lo aclaró en el asunto C-146/14, Mahdi (apartado 47): «[...] el artículo 15 de la Directiva no exige la adopción de una» medida de revisión «escrita. Por lo tanto, las autoridades que efectúen la revisión del internamiento de un nacional de un tercer país a intervalos razonables, con arreglo al artículo 15, apartado 3, primera frase, de dicha Directiva, no están obligadas a adoptar, en cada revisión, un acto expreso por escrito que contenga una exposición de las razones de hecho y de Derecho en las que se basa dicho acto». Sin embargo, los Estados miembros son libres de adoptar una decisión escrita de revisión de conformidad con el Derecho nacional.

Las decisiones conjuntas de revisión y prórroga se deben adoptar por escrito: en su sentencia en el asunto C-146/14, Mahdi, el TJUE aclaró (apartado 48): «En efecto, en ese caso, la revisión del internamiento y la adopción de la decisión sobre la continuidad del mismo se producen en la misma etapa procesal. En consecuencia, esa decisión debe cumplir las exigencias establecidas en el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 2008/115/CE».

*En caso de períodos de internamiento prolongados, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de una autoridad judicial.*

Significado de «internamiento prolongado»: el artículo 15, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva relativa al retorno exige un control jurisdiccional de oficio en los casos de «internamiento prolongado». Esto conlleva una necesidad de actuación de las autoridades judiciales, incluso en el caso de que la persona interesada no recurra. Una comparación lingüística del término «internamiento prolongado» (DE: «Bei längerer Haftdauer»; FR: «En cas de périodes de rétention prolongées»; NL: «In het geval van een lange periode van bewaring»; ES: «En caso de períodos de internamiento prolongados»; IT: «Nel caso di periodi di trattenimento prolungati») deja claro que el término se refiere, en esencia, a un período de internamiento prolongado, independientemente de que ya se haya adoptado o no una decisión formal de prórroga. La Comisión considera que un intervalo de seis meses para el primer control jurisdiccional de oficio es, sin lugar a dudas, demasiado extenso, mientras que un control jurisdiccional de oficio a los tres meses se puede considerar en el límite de lo que aún podría ser compatible con el artículo 15, apartado 3, siempre que, en caso necesario, también exista la posibilidad de realizar revisiones individuales si así se solicita.

Competencias de la autoridad judicial supervisora: un mecanismo de revisión que únicamente examine las cuestiones de Derecho y no las de hecho es insuficiente. La autoridad judicial ha de tener competencia para decidir tanto sobre las cuestiones de hecho como sobre las de Derecho. Véase a este respecto la sentencia del TJUE en el asunto C-146/14, Mahdi (apartado 62): «[...] la autoridad judicial competente debe poder sustituir por su propia decisión la de la autoridad administrativa o, en su caso, la de la autoridad judicial que ordenó el internamiento inicial, y pronunciarse sobre la posibilidad de ordenar una medida alternativa o la puesta en libertad del nacional del país tercero. Para ello, la autoridad judicial que decida sobre una solicitud de prórroga de internamiento debe poder tomar en consideración tanto los hechos y pruebas invocados por la autoridad administrativa que ordenó el internamiento inicial como cualquier posible observación del nacional del tercer país. Además, debe poder investigar cualquier otro elemento pertinente para su decisión en el supuesto de que lo considere necesario [...]».

#### 14.4. Finalización del internamiento

Base jurídica: artículo 15, apartados 4 a 6, de la Directiva relativa al retorno.

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.*

Existen diferentes situaciones en las que el internamiento debe finalizar y la persona retornada debe ser puesta en libertad, en particular si:

- no existe una perspectiva razonable de expulsión por consideraciones jurídicas o de otro tipo,
- las autoridades no están ejecutando adecuadamente los trámites de expulsión,
- han expirado los plazos máximos de internamiento.

Además, si las alternativas al internamiento se convierten en una opción apropiada, se debe poner fin al internamiento caso por caso.

#### 14.4.1. Ausencia de perspectivas razonables de expulsión

Ausencia de perspectivas razonables de expulsión: en el asunto C-357/09, Kadzoev (apartado 67), el TJUE proporcionó una interpretación aclaratoria del significado de «perspectivas razonables»: «[...] solo una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término, habida cuenta de los plazos fijados en los apartados 5 y 6 del mismo artículo, corresponde a una perspectiva razonable de expulsión, y que esta no existe cuando parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los citados plazos».

«Ausencia de perspectiva razonable» no significa lo mismo que «imposibilidad de ejecutar»: la «imposibilidad de ejecutar» es más categórica y más difícil de demostrar que la «ausencia de perspectiva razonable», que solo hace referencia a cierto grado de probabilidad.

Períodos de internamiento que se deben tener en cuenta cuando se evalúa la «perspectiva razonable de expulsión»: dada la importancia que el artículo 15 (así como el considerando 6) de la Directiva relativa al retorno concede a la realización de una evaluación casuística individual y concreta para determinar la proporcionalidad de la privación de libertad, se han de tener siempre presentes los períodos de internamiento máximos de la persona interesada en cada caso concreto. Esto significa que los períodos máximos establecidos por el Derecho nacional del Estado miembro de que se trate son importantes. También implica que una persona retornada no debe ser internada en un Estado miembro si resulta improbable desde el principio que la persona interesada sea admitida en un tercer país durante el período máximo de internamiento autorizado por la legislación de dicho Estado miembro. (en el asunto C-357/09, Kadzoev, el TJUE se refirió a los períodos máximos previstos en la Directiva, pues coincidían con los períodos máximos previstos en la legislación aplicable en el Estado miembro interesado).

La Comisión recomienda prever un período inicial máximo de internamiento de seis meses, que se adaptará a la luz de las circunstancias del caso y se revisará a intervalos de tiempo razonables bajo la supervisión de una autoridad judicial, y la posibilidad de prorrogar la duración del internamiento hasta dieciocho meses en los casos previstos en el artículo 15, apartado 6, de la Directiva relativa al retorno.

Una vez alcanzados los períodos máximos de internamiento, el artículo 15, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno deja de ser aplicable y, en cualquier caso, la persona de que se trate debe ser puesta en libertad inmediatamente. Véase a este respecto la sentencia del TJUE en el asunto C-357/09, Kadzoev (apartados 60 y 61): «Es preciso observar que, en el caso de que la duración máxima del internamiento prevista por el artículo 15, apartado 6, de la Directiva 2008/115/CE se haya alcanzado, la cuestión de si ya no existe» perspectiva razonable de expulsión«, en el sentido del apartado 4 de dicho artículo, no se plantea. En efecto, en ese supuesto la persona interesada debe ser inmediatamente puesta en libertad, en cualquier caso. Así pues, el artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2008/115/CE solo puede aplicarse si los plazos máximos de internamiento previstos por el artículo 15, apartados 5 y 6, de la misma Directiva no han terminado».

Aclaraciones adicionales:

- Se debe prestar atención a la situación específica de los apátridas, que pueden verse en la imposibilidad de beneficiarse de la asistencia consular de terceros países con vistas a obtener un documento de viaje o de identidad válido. A la luz de la sentencia del TJUE en el asunto C-357/09, Kadzoev, los Estados miembros deberían asegurarse de que exista una perspectiva razonable de expulsión que justifique la imposición o la prórroga del internamiento.
- ¿Es legítimo mantener el internamiento si, de momento, el nacional de un tercer país está protegido contra la expulsión por el principio de no devolución?
  - Si la expulsión deja de ser probable (por ejemplo, por un motivo permanente de no devolución), las personas de que se trate deben ser puestas en libertad inmediatamente en virtud del artículo 15, apartado 4. Si el motivo de la no devolución es de carácter limitado y temporal (por ejemplo, si es probable que el país de retorno expida en breve una garantía diplomática fiable, o si la persona retornada se encuentra temporalmente en situación de necesidad de tratamiento médico vital no disponible en el país de retorno), el internamiento se puede mantener, siempre que siga habiendo una perspectiva razonable de expulsión.

#### 14.4.2. Expiración del período máximo de internamiento

El artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva relativa al retorno obliga a los Estados miembros a fijar con arreglo a la legislación nacional <sup>(1)</sup> unos límites temporales máximos para el internamiento que no deben ser superiores a seis meses (en los casos normales) o a dieciocho meses (en dos casos cualificados: falta de cooperación de la persona retornada o demoras en la obtención de la documentación necesaria procedente de terceros países).

Los períodos de internamiento más breves fijados por la legislación nacional prevalecen sobre el plazo de seis o dieciocho meses previsto en la Directiva relativa al retorno: en la gestión de casos concretos, no se deben aplicar los

<sup>(1)</sup> Se puede encontrar un resumen de los diferentes plazos aplicables en virtud de la legislación nacional en: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/evaluation/search/download.do?documentId=10737855> (páginas 44 a 50). Este resumen refleja la situación a diciembre de 2013; entretanto, algunas normativas nacionales se han modificado.

períodos máximos fijados en la Directiva relativa al retorno, sino los períodos máximos fijados por la legislación nacional (en cumplimiento de la Directiva relativa al retorno). Esto significa que un Estado miembro que haya fijado un plazo máximo nacional de, por ejemplo, sesenta días para las personas retornadas que no cooperen, no puede mantener el internamiento más allá de sesenta días, aunque el artículo 15, apartado 6, prevea un plazo máximo de hasta dieciocho meses.

El Derecho nacional debe establecer un período máximo de internamiento que permita a las autoridades nacionales competentes adoptar todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno, y, por tanto, finalizar los procedimientos necesarios para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y garantizar su readmisión en el tercer país de retorno. La Comisión recomienda a los Estados miembros que utilicen los márgenes establecidos por el artículo 15 de la Directiva relativa al retorno, que establece un período inicial máximo de internamiento de seis meses, y la posibilidad de prorrogar el internamiento hasta dieciocho meses en los casos previstos en el artículo 15, apartado 6, de dicha Directiva. Se recuerda que la duración real del internamiento debe determinarse en función de cada caso y que la persona retornada deberá ser puesta en libertad cuando las condiciones del internamiento (por ejemplo, una perspectiva razonable de expulsión) hayan dejado de existir.

Ejemplos de motivos que justifican o no justifican el internamiento prorrogado en virtud del artículo 15, apartado 6:

- Por sí sola, la ausencia de documentos de identidad no basta para justificar un internamiento prorrogado. Véase la sentencia del TJUE en el asunto C-146/14, Mahd, (apartado 73): «[...] el hecho de que el nacional de un tercer país carezca de documentos de identidad no puede justificar por sí solo una prórroga del internamiento conforme a lo previsto en el artículo 15, apartado 6, de la Directiva 2008/115/CE».
- Si existe un nexo causal entre la falta de cooperación y el no retorno, la falta de cooperación en la obtención de los documentos de identidad puede justificar el internamiento prolongado. Véase la sentencia del TJUE en el asunto C-146/14, Mahdi (apartado 85): «[...] únicamente si del examen del comportamiento de ese nacional durante el período de internamiento resulta que no ha cooperado en la ejecución de la operación de expulsión y que es probable que dicha operación dure más de lo previsto debido a ese comportamiento [...]».

Aclaraciones adicionales:

Contabilización de los períodos de internamiento como solicitante de asilo: al calcular el período de internamiento con fines de expulsión, los períodos de internamiento como solicitante de asilo no se han de contabilizar, pues el internamiento con fines de expulsión y el internamiento de los solicitantes de asilo corresponden a normas y regímenes jurídicos diferentes; a este respecto, véase la sentencia del TJUE en el asunto C-357/09, Kadzoev (apartados 45 y 48): «De tal forma, el internamiento a efectos de la expulsión, regulado por la Directiva 2008/115/CE, y la detención de un solicitante de asilo, en especial en virtud de las Directivas 2003/9/CE y 2005/85/CE y de las disposiciones nacionales aplicables, están sujetos a regímenes jurídicos diferentes. En consecuencia, [...] 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 2008/115/CE».

El apartado 47 de la misma sentencia añade a continuación: «Si llegara a acreditarse que no se adoptó ninguna decisión sobre la permanencia del Sr. Kadzoev en el centro de internamiento temporal en el marco de los procedimientos iniciados a raíz de las solicitudes de asilo de este (mencionadas en el apartado 19 de la presente sentencia) y que, por tanto, su internamiento siguió estando basado en el régimen nacional anterior de internamiento a efectos de la expulsión o en el régimen de la Directiva 2008/115/CE, el período de internamiento del Sr. Kadzoev que corresponda al período durante el que estaban en curso dichos procedimientos de asilo debería computarse para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión previsto por el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115/CE».

Contabilización de los períodos de internamiento a la espera de la preparación de un traslado con arreglo al Reglamento de Dublín: se aplica la misma lógica que en el caso anterior en relación con los períodos de internamiento como solicitante de asilo.

Contabilización de los períodos de internamiento a la espera del resultado de un recurso con efecto suspensivo: dichos períodos se deben contabilizar. Véase a este respecto la sentencia del TJUE en el asunto C-357/09, Kadzoev (apartados 53 y 54): «Así pues, el período de internamiento de la persona interesada durante la tramitación del procedimiento mediante el que la legalidad de la decisión de expulsión es objeto de control jurisdiccional debe computarse a efectos del cálculo de la duración máxima del internamiento prevista por el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115/CE. Si no fuera así, la duración del internamiento a efectos de la expulsión podría variar, en su caso de forma considerable, de un caso a otro en un mismo Estado miembro, o bien de un Estado miembro a otro, debido a las particularidades y las circunstancias propias de los procedimientos judiciales nacionales, lo que sería contrario al objetivo del artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115/CE, que es garantizar una duración máxima de internamiento común a los Estados miembros».

Contabilización de los períodos de internamiento con fines de expulsión cumplidos en (otro) Estado miembro A, seguidos inmediatamente de un internamiento previo a la expulsión en el Estado miembro B (tal situación puede darse, por ejemplo, en el contexto del traslado de un nacional de un tercer país del Estado miembro A al Estado miembro B con arreglo a un acuerdo bilateral de readmisión cubierto por el artículo 6, apartado 3, de la Directiva relativa al retorno): la Comisión considera que no se debe superar el umbral absoluto de dieciocho meses de internamiento ininterrumpido previo a la expulsión, dada la necesidad de respetar el efecto útil del límite temporal máximo fijado en el artículo 15, apartado 6, de la Directiva relativa al retorno. El intercambio de informaciones entre Estados miembros sobre los períodos de internamiento ya cumplidos en otro Estado miembro, así como la eventualidad de que el Estado miembro B se niegue al traslado desde el Estado miembro A si este último realiza la petición excesivamente tarde, se debe tratar con arreglo a los acuerdos bilaterales de readmisión pertinentes.

Contabilización de los períodos de internamiento cumplidos antes de la entrada en vigor de las disposiciones de la Directiva relativa al retorno: estos períodos se deben contabilizar (véase la sentencia del TJUE en el asunto C-357/09, Kadzoev, apartados 36 a 38).

#### 14.5. Reinternamiento de personas retornadas

El período máximo de internamiento previsto por la Directiva relativa al retorno no debe ser menoscabado por el reinternamiento inmediato de las personas retornadas tras su puesta en libertad.

El reinternamiento posterior de una misma persona solo puede ser legítimo si se ha producido un cambio importante de las circunstancias pertinentes (por ejemplo, la expedición por un tercer país de los documentos necesarios o una mejora de la situación en el país de origen que permita un retorno seguro), si este cambio da lugar a una «perspectiva razonable de expulsión» de conformidad con el artículo 15, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno y si se cumplen todas las condiciones restantes para imponer el internamiento en virtud del artículo 15 de dicha Directiva.

#### 14.6. Aplicación de medidas menos coercitivas al término del internamiento

Se pueden imponer medidas menos coercitivas, tales como la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza adecuada, la entrega de documentos o la obligación de permanecer en un lugar determinado, durante el tiempo necesario, y en el grado necesario, para que se puedan seguir considerando una «medida necesaria» para ejecutar la decisión de retorno. Aunque no se han previsto plazos máximos absolutos para la aplicación de medidas menos coercitivas, el alcance y la duración de tales medidas deberán someterse a una evaluación exhaustiva de su proporcionalidad.

Además, si la naturaleza y la intensidad de una medida menos coercitiva son similares o iguales a las de privación de libertad (como la imposición de una obligación ilimitada de permanecer en un centro concreto, sin posibilidad de abandonarlo), se debe considerar una continuación *de facto* del internamiento y son de aplicación los límites temporales previstos en el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva relativa al retorno.

### 15. CONDICIONES DEL INTERNAMIENTO

*Base jurídica:* artículo 16 de la Directiva relativa al retorno.

1. Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios.
2. Previa petición, se autorizará a los nacionales de terceros países en régimen de internamiento a que entren en contacto en el momento oportuno con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes.
3. Se prestará particular atención a la situación de las personas vulnerables. Se les dispensará atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades.
4. Las organizaciones y los organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes podrán visitar los centros de internamiento a que se refiere el apartado 1, en la medida en que se utilicen para el internamiento de nacionales de terceros países con arreglo al presente capítulo. Tales visitas podrán estar sujetas a autorización previa.
5. Los nacionales de terceros países en régimen de internamiento recibirán de forma sistemática información sobre las normas aplicables en el centro y sobre sus derechos y obligaciones, incluida información sobre su derecho, con arreglo a la legislación nacional, a ponerse en contacto con las organizaciones y organismos a que se refiere el apartado 4.

#### 15.1. Custodia policial inicial

El arresto policial inicial (detención) con fines de identificación está regulado por la legislación nacional. Ello se destaca expresamente en el considerando 17 de la Directiva relativa al retorno: «Sin perjuicio de la detención inicial por los

servicios policiales, regulada por la legislación nacional, el internamiento debe llevarse a cabo, por regla general, en centros especializados de internamiento». Se aclara de este modo que, durante un período inicial, se puede seguir aplicando la legislación nacional. Aunque no exista obligación jurídica, se insta a los Estados miembros a asegurarse, ya en esa fase, de que los nacionales de terceros países se mantengan separados de los presos comunes.

Duración del período de detención inicial en el que los presuntos migrantes irregulares pueden permanecer retenidos bajo custodia policial: un plazo breve, pero razonable, para identificar a la persona bajo presión y buscar información que permita determinar si se trata de un nacional de un tercer país en situación irregular. Véase la respuesta dada por el TJUE en el asunto C-329/11, Achoughbabian (apartado 31): «Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que las autoridades competentes deben disponer de un plazo, ciertamente breve pero razonable, para identificar a la persona controlada y para investigar los datos que permitan determinar si esa persona es nacional de un tercer país en situación irregular. La determinación del nombre y de la nacionalidad puede resultar difícil en caso de que el interesado no coopere. También la verificación de la existencia de una situación irregular puede resultar complicada, en particular si el interesado invoca la condición de solicitante de asilo o de refugiado. Dicho esto, las autoridades competentes están obligadas, para evitar menoscabar el objetivo de la Directiva 2008/115/CE, como se recordó en el apartado anterior, a actuar con diligencia y a definir sin tardanza su posición acerca del carácter regular o irregular de la situación del interesado». Aunque no exista un plazo perentorio, la Comisión insta a los Estados miembros a asegurarse de que el traslado a un centro de internamiento especializado en migrantes irregulares se produzca en las cuarenta y ocho horas siguientes a la detención (de manera excepcional, en caso de ubicaciones geográficas remotas, se pueden admitir plazos más prolongados).

### 15.2. Uso de centros especializados como norma general

La regla general es el uso de centros especializados: las personas retornadas no son delincuentes y merecen un trato diferente del que reciben los presos comunes. Por consiguiente, la norma general prevista en la Directiva relativa al retorno es el uso de centros especializados. Los Estados miembros tienen la obligación de internar a los nacionales de terceros países en situación irregular con fines de expulsión en centros de internamiento especializados, y no en prisiones ordinarias. Esto implica para los Estados miembros la obligación de asegurarse de la disponibilidad de plazas suficientes en los centros de internamiento especializados, es decir, de adecuar la capacidad de internamiento a las necesidades reales, a la par que se garantizan unas condiciones materiales de internamiento suficientes.

Excepciones a la regla general: la excepción prevista en el artículo 16, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno, que, en casos excepcionales, permite a los Estados miembros ingresar a los internos antes de su expulsión en prisiones ordinarias, se debe interpretar de manera restrictiva. Ello quedó expresamente confirmado por el TJUE en los asuntos acumulados C-473/13, Bero, y C-514/13, Bouzalmate <sup>(1)</sup> (apartado 25): «La segunda frase del [...] artículo 16, apartado 1, [...] prevé una excepción a dicho principio, que, como tal, debe interpretarse de manera estricta (véase, en este sentido, la sentencia Kamberaj, C-571/10, EU:C:2012:233, apartado 86)». Al aplicar tal excepción, se deberán tener plenamente en cuenta los derechos fundamentales y se tendrán debidamente presentes elementos como las situaciones de hacinamiento, la necesidad de evitar traslados repetidos y los efectos que puedan perjudicar el bienestar de la persona retornada, especialmente cuando se trate de personas vulnerables.

Picos imprevisibles en el número de internos: la excepción prevista en el artículo 16, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno, que se puede aplicar cuando se produzcan picos imprevistos en el número de internos causados por flujos cuantitativos imprevisibles inherentes al fenómeno de la migración irregular (sin llegar todavía al nivel de una «situación de emergencia», que se regula expresamente en el artículo 18 de la Directiva relativa al retorno), plantea el problema del internamiento de los detenidos en centros especiales de Estados miembros que por lo demás dispongan de un número adecuado o suficiente de centros de internamiento especializados.

Internos agresivos: de conformidad con la jurisprudencia pertinente del TEDH, los Estados miembros tienen la obligación de proteger a las personas retornadas en situación de internamiento del comportamiento agresivo o inadecuado de otras personas retornadas u otros detenidos. Se insta a los Estados miembros a buscar maneras prácticas de abordar este reto en los centros de internamiento especializados y sin recurrir a los centros penitenciarios. Las posibles soluciones podrían consistir en reservar ciertas partes o pabellones de los centros de internamiento para las personas agresivas, o en disponer de centros especializados de internamiento para esta categoría de personas.

Ausencia de centros de internamiento especializados en una región de un Estado miembro: la ausencia de centros de internamiento especializados en una región de un Estado miembro, que existen en otra parte del Estado miembro, no puede justificar la estancia en una prisión ordinaria. Ello quedó expresamente confirmado por el TJUE en los asuntos acumulados C-473/13, Bero, y C-514/13, Bouzalmate, (apartado 32): «[...] el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está obligado, como norma general, a internar a efectos de expulsión a los nacionales de terceros países en situación irregular en un centro de internamiento especializado de ese Estado, aun cuando dicho Estado miembro tenga una estructura federal y el Estado federado competente para acordar y ejecutar ese internamiento en virtud del Derecho nacional no cuente con un centro de internamiento de esa índole».

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014 en los asuntos acumulados C-473/13, Bero, y C-514/13, Bouzalmate, ECLI:EU:C:2014:2095.

Períodos de internamiento breves: la previsión de que la duración del internamiento vaya a ser breve (por ejemplo, siete días o menos) no constituye un motivo legítimo para recurrir a un centro penitenciario.

Internamiento en instituciones médicas o psiquiátricas cerradas: el internamiento previo a la expulsión en instituciones médicas o psiquiátricas cerradas, o junto con personas internadas por razones médicas, no está previsto en el artículo 16, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno y sería contrario a su efecto útil, salvo que, a la luz de la condición médica y el estado de salud de la persona de que se trate, el internamiento en un centro especializado o adaptado o el traslado a uno de estos centros resulten necesarios para proporcionarle supervisión médica especializada, asistencia y cuidados de manera adecuada y constante, con el fin de evitar que su salud se deteriore.

### 15.3. Separación de los presos ordinarios

La obligación de mantener a las personas retornadas separadas de los presos es absoluta: la Directiva relativa al retorno establece la obligación incondicional para los Estados miembros de velar por que los nacionales de terceros países en situación irregular se mantengan siempre separados de los presos ordinarios cuando, de manera excepcional, un Estado miembro no pueda proporcionarles alojamiento en un centro de internamiento especializado.

Ex presos sujetos a un retorno posterior: una vez cumplida la pena de prisión y puesta en libertad la persona de que se trate, empiezan a aplicarse las normas de internamiento con fines de expulsión, incluida la obligación prevista en el artículo 16, apartado 1, de la Directiva relativa al retorno de llevar a cabo el internamiento en centros especializados. Si la preparación de la expulsión, y tal vez también la propia expulsión, se lleva a cabo en un período aún cubierto por la pena de prisión, la reclusión en el centro penitenciario se puede mantener, pues sigue estando cubierta por la pena correspondiente al delito cometido previamente. Se insta a los Estados miembros a iniciar todos los procedimientos necesarios para la expulsión con mucha antelación, mientras las personas interesadas están cumpliendo la pena de prisión en un centro penitenciario, para asegurarse de que los nacionales de terceros países de que se trate puedan ser efectivamente retornados a más tardar en el momento en que salgan de prisión.

Internos agresivos: el comportamiento agresivo o inapropiado de las personas retornadas no justifica su internamiento junto con presos ordinarios, salvo que un acto de agresión se califique como delito y un órgano jurisdiccional imponga por ello una pena de prisión.

El término «presos ordinarios» incluye tanto a los presos condenados como a los reclusos en prisión preventiva: ello queda confirmado en la Directriz n.º 10, apartado 4, de las «Veinte directrices sobre el retorno forzoso» del Comité de Ministros del Consejo de Europa («CdE»), que destaca de manera explícita que «las personas internadas a la espera de ser expulsadas del territorio no se deben mantener normalmente junto con los presos comunes, ya estén condenados o se encuentren en prisión preventiva». Por tanto, los internos deben estar separados de los reclusos que se encuentren en prisión preventiva.

La aceptación por la persona retornada del internamiento con presos no es posible: en su sentencia en el asunto C-474/13, Pham <sup>(1)</sup> (apartados 21 y 22), el TJUE confirmó de manera expresa: «A este respecto, la obligación de separar a los nacionales de terceros países en situación irregular de los presos ordinarios prevista en el artículo 16, apartado 1, segunda frase, de esta Directiva va más allá de una mera modalidad de ejecución específica de un internamiento de nacionales de terceros países en centros penitenciarios y constituye una condición de fondo de tal internamiento sin la cual, en principio, este no será conforme a dicha Directiva. En este contexto, un Estado miembro no puede tener en cuenta la voluntad del nacional de un tercer país de que se trate».

### 15.4. Condiciones materiales del internamiento

*Artículo 16 de la Directiva relativa al retorno; Directriz n.º 10 del Consejo de Europa sobre el retorno forzoso («condiciones del internamiento a la espera de la expulsión»); normas y ficha descriptiva sobre internamiento de migrantes del CPT; Reglas Penitenciarias Europeas de 2006.*

La propia Directiva relativa al retorno prevé diferentes garantías concretas. Los Estados miembros están obligados a:

- proporcionar atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades,
- prestar atención a la situación de las personas vulnerables, lo que implica también garantizar, más en general, la consideración debida de factores como la edad, la discapacidad y la salud de la persona interesada (incluida la salud mental),
- proporcionar a los internos información sobre las normas aplicables en el centro y sobre sus derechos y obligaciones; se recomienda que esta información se facilite lo antes posible y a más tardar veinticuatro horas después de la llegada,
- permitir a los internos ponerse en contacto con representantes legales, miembros de la familia y autoridades consulares competentes,
- proporcionar a las organizaciones y los organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes la posibilidad de visitar los centros de internamiento; este derecho debe concederse directamente a los organismos interesados, con independencia de una invitación del internado.

<sup>(1)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014, Pham, asunto C-474/13, ECLI:EU:C:2014:2096.

En lo referente a las cuestiones que no están expresamente reguladas por la Directiva relativa al retorno, los Estados miembros deben cumplir las normas pertinentes del Consejo de Europa, y en particular las «Normas del CPT»: la Directiva relativa al retorno no regula determinadas condiciones materiales del internamiento, como el tamaño de las habitaciones, el acceso a las instalaciones sanitarias, el acceso al aire libre, la alimentación, etc. No obstante, el considerando 17 confirma que las personas en régimen de internamiento deben recibir un trato digno y humano que respete sus derechos fundamentales y se ajuste al Derecho internacional. Siempre que los Estados miembros impongan un internamiento con fines de expulsión, este se deberá llevar a cabo en condiciones que respeten el artículo 4 de la CDF, que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes. Las repercusiones prácticas de esta obligación en los Estados miembros se establecen más pormenorizadamente en particular en:

- 1) la Directriz n.º 10 sobre el retorno forzoso del Consejo de Europa («condiciones del internamiento a la espera de la expulsión»);
- 2) las normas establecidas por el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa [«Normas del CPT» documento CPT/Inf/E (2002) 1, Rev. 2013; ficha descriptiva del CPT sobre el internamiento de migrantes, documento CPT/Inf (2017)3], que regulan de manera específica las necesidades especiales y el estatuto de los migrantes irregulares en régimen de internamiento;
- 3) las Reglas penitenciarias europeas de 2006 (Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros), como normas mínimas básicas relativas a todas las cuestiones no reguladas por las normas mencionadas anteriormente;
- 4) las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos [aprobadas por el Comité Económico y Social mediante sus Resoluciones 663 C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977].

Estas normas constituyen una descripción generalmente reconocida de las obligaciones relacionadas con el internamiento que deben cumplir los Estados miembros como mínimo absoluto en cualquier internamiento, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del CEDH y de las obligaciones derivadas de la CDF al aplicar el Derecho de la UE.

---

#### **Directriz n.º 10 del Consejo de Europa — Condiciones del internamiento a la espera de la expulsión**

1. Normalmente, las personas internadas con carácter previo a su expulsión serán alojadas lo antes posible en centros especialmente designados al efecto, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen adaptados a su situación legal y cuenten con una plantilla integrada por personal cualificado.
  2. Tales centros ofrecerán alojamiento adecuadamente amueblado, limpio y en buen estado de conservación, con espacio suficiente para el número de personas implicadas. Además, se procurará que en el diseño y la disposición de las instalaciones se evite, en la medida de lo posible, cualquier impresión de entorno «carcelario». Las actividades organizadas incluirán ejercicio al aire libre, acceso a una sala de día, a radio o televisión y a diarios o revistas, así como a otros medios de esparcimiento apropiados.
  3. El personal de los centros se seleccionará cuidadosamente y recibirá una formación adecuada. Se insta a los Estados miembros a proporcionar el personal correspondiente, en la medida de lo posible, una formación que no solo lo dote de habilidades de comunicación interpersonal, sino que también lo familiarice con las diferentes culturas de los internos. De preferencia, una parte del personal poseerá las habilidades lingüísticas pertinentes y será capaz de reconocer los posibles síntomas de reacciones de estrés que puedan presentar las personas internadas y de adoptar las medidas apropiadas. En caso necesario, el personal también estará preparado para buscar apoyo exterior, y en particular asistencia médica y social.
  4. Normalmente, las personas internadas con carácter previo a su expulsión del territorio no se mantendrán junto a presos comunes, ya sean condenados o en reclusión preventiva. Si lo desean, los hombres y las mujeres estarán separados del sexo opuesto; sin embargo, a la hora de alojar a familias se respetará el principio de unidad familiar.
  5. Las autoridades nacionales se asegurarán de que las personas internadas en tales centros tengan acceso a abogados, médicos, organizaciones no gubernamentales, a los miembros de su familia y al ACNUR, y de que puedan comunicarse con el mundo exterior, con arreglo a las normativas nacionales pertinentes. Por otra parte, el funcionamiento de los centros se controlará periódicamente, y en dicha tarea participarán observadores independientes reconocidos.
  6. Los internos tendrán derecho a presentar quejas por presuntos casos de malos tratos o por falta de protección frente a la violencia de otros internos. Los denunciantes y los testigos recibirán protección frente a los malos tratos o la intimidación resultantes de su queja o de las pruebas presentadas para respaldarla.
  7. Los internos recibirán sistemáticamente información sobre las normas aplicadas en el centro y sobre el procedimiento que les sea aplicable y establezca sus derechos y obligaciones. Dicha información estará disponible en las lenguas más comúnmente utilizadas por los interesados y, en caso necesario, se recurrirá a los servicios de un intérprete. Los internos serán informados de su derecho a ponerse en contacto con un abogado de su elección, con la representación diplomática competente de su país, con organizaciones internacionales como el ACNUR y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y con organizaciones no gubernamentales. Se prestará asistencia a este respecto.
-

---

**Normas del CPT sobre el internamiento de migrantes— Extractos**

29. (centros de internamiento). [...] Obviamente, dichos establecimientos deberían proporcionar un alojamiento adecuadamente amueblado, limpio y en buenas condiciones, que ofrezca el suficiente espacio para el número de personas implicadas. Además, se debería tener cuidado a la hora de diseñar y disponer las instalaciones para evitar al máximo posible cualquier impresión de ambiente carcelario. Por lo que respecta a las actividades del régimen de internamiento, deberían incluir ejercicio al aire libre, acceso a una sala de día y a radio o televisión y a diarios o revistas, así como a otros medios adecuados de ocio (por ejemplo, juegos de mesa, tenis de mesa). Cuanto más prolongado sea el período en el que estén internadas las personas, más desarrolladas deberían ser las actividades que se les ofrezcan.

El personal de los establecimientos de internamiento de migrantes tiene una tarea particularmente onerosa. En primer lugar, existirán inevitablemente dificultades de comunicación causadas por las barreras lingüísticas. En segundo lugar, muchas personas internadas pensarán que es difícil aceptar haber sido privadas de su libertad cuando no son sospechosas de ningún delito penal. En tercer lugar, existe el riesgo de tensión entre internos de distintas nacionalidades o grupos étnicos. Por consiguiente, el CPT considera esencial que el personal supervisor de dichos establecimientos sea cuidadosamente seleccionado y que reciba una formación adecuada. Además de poseer unas cualidades bien desarrolladas en el campo de la comunicación interpersonal, el personal debería estar familiarizado con las distintas culturas de los internos, y al menos algunos de ellos deberían tener conocimientos de idiomas. Además, se les debería enseñar a reconocer los posibles síntomas de reacciones de estrés mostrados por las personas internadas (ya sean postraumáticos o inducidos por los cambios socioculturales) y a adoptar las medidas apropiadas.

79. Las condiciones de internamiento de los migrantes en situación irregular deben reflejar la especial naturaleza de su privación de libertad, con restricciones limitadas a su libertad y un régimen de actividades variado. Por ejemplo, los migrantes en situación irregular internados deben gozar de la posibilidad de mantener contactos significativos con el mundo exterior (incluido el derecho a realizar llamadas telefónicas y a recibir visitas con frecuencia) y su libertad de movimientos en el centro de internamiento debe restringirse lo menos posible. Aun cuando las condiciones de internamiento en las prisiones cumplan estos requisitos – lo que no siempre es el caso–, el CPT considera que el internamiento de los migrantes en situación irregular en un entorno penitenciario plantea, en esencia, graves problemas, por los motivos indicados anteriormente.

82. El derecho a ser asistido por un abogado debe incluir el derecho a entrevistarse con un abogado en privado y a ser asesorado jurídicamente sobre cuestiones relativas a la residencia, el internamiento y la expulsión. Si el migrante en situación irregular no está en condiciones de elegir por sí mismo a un abogado ni de asumir los gastos derivados de su defensa se le debe facilitar asistencia jurídica gratuita.

De igual modo, toda persona internada debe ser examinada inmediatamente por un médico o por una enfermera debidamente cualificada, que debe informar a un médico. El derecho a un examen médico debe incluir el derecho, si así lo desea el migrante detenido, a ser examinado por un médico de confianza, cuyos gastos, en este caso, deben ser asumidos por el interno.

La comunicación del internamiento a un familiar o a un tercero de su elección se facilitaría considerablemente si se permitiera a los migrantes en situación irregular conservar sus teléfonos móviles durante el período de privación de libertad o, al menos, acceder a los mismos.

90. La evaluación del estado de salud de los migrantes en situación irregular durante su internamiento constituye un deber fundamental con cada interno y con el colectivo de migrantes en situación irregular en su conjunto. La salud física y mental de los migrantes en situación irregular puede encontrarse ya afectada por experiencias traumáticas previas. La pérdida del entorno personal y habitual y la incertidumbre sobre su futuro pueden provocar además un deterioro psíquico, incluida la agravación de síntomas preexistentes de depresión, ansiedad y trastornos postraumáticos.
91. Todos los centros de internamiento de migrantes en situación irregular deben contar como mínimo con la presencia diaria de una enfermera titulada. Esta debe realizar, en particular, exámenes médicos iniciales de los internos recién llegados al centro (concretamente, para identificar enfermedades contagiosas, incluida la tuberculosis), recibir peticiones de consulta médica, asegurar el suministro y la distribución de los medicamentos prescritos, gestionar los expedientes médicos y supervisar las condiciones generales de higiene.

---

**Reglas Penitenciarias Europeas de 2006 — Extractos****Alojamiento**

- 18.1 Los lugares de internamiento y, en particular, aquellos destinados a acoger internos durante la noche, deben satisfacer las exigencias de respeto a la dignidad humana y, en la medida de lo posible, de la privacidad, y responder a unas mínimas exigencias sanitarias e higiénicas, teniendo en cuenta las condiciones climáticas en lo que concierne al espacio, la ventilación, la luz, la calefacción y la refrigeración.

18.2 En todos los locales donde deban residir, trabajar o reunirse los internos:

- a. Las ventanas deben ser lo suficientemente grandes para que los internos puedan leer y trabajar con luz natural en condiciones normales y para permitir la entrada de aire fresco, salvo si existe un sistema correcto de climatización.
- b. La luz artificial se adaptará a las normas técnicas existentes al efecto.
- c. Un sistema de alarma debe permitir a los internos comunicarse con el personal inmediatamente.

#### Higiene

19.1 Todos los locales de una prisión deben mantenerse en perfecto estado de conservación y limpieza.

19.2 Las celdas u otros locales que alberguen a los internos en el momento de su ingreso deben estar limpias.

19.3 Los internos deben poder acceder fácilmente a las instalaciones sanitarias higiénicas, y de una forma respetuosa con su intimidad.

19.4 Las instalaciones sanitarias (baños y duchas) deben ser las suficientes como para que cada interno las utilice, a una temperatura adaptada a la climatología, con una frecuencia preferiblemente diaria o al menos dos veces por semana (o con mayor frecuencia si es necesario), de acuerdo con los preceptos generales de higiene.

19.5 Los internos deben cuidar de su limpieza y mantenimiento personal, de su ropa y de su celda.

19.6 Las Autoridades Penitenciarias deben proporcionar los artículos de higiene, limpieza y mantenimiento necesarios.

19.7 Se tomarán medidas especiales para responder a las necesidades higiénicas específicas de las mujeres.

#### Prendas de vestir y ropa de cama

20.1 Todo interno desprovisto de ropas de vestir adecuadas debe recibir prendas acordes a la climatología.

20.2 Estas prendas de vestir no pueden ser degradantes ni humillantes.

20.3 Esta ropa debe mantenerse en buen estado y se reemplazará cuando sea necesario.

20.4 Cuando un interno obtenga un permiso para salir de prisión, no podrá obligársele a llevar ropa que delate su condición.

21. Cada interno debe disponer una cama individual y de ropa de cama adecuada, en buen uso que será renovada de forma frecuente para asegurar su limpieza e higiene.

#### Alimentación

22.1 Los internos deben disfrutar de un régimen alimenticio que tenga en cuenta su edad, estado de salud, estado físico, religión, cultura y tipo de trabajo concreto que desarrollen.

22.2 La legislación nacional debe determinar los criterios de calidad del régimen alimenticio con consideración especial al contenido energético y proteínico necesario.

22.3 La comida debe prepararse y servirse en condiciones higiénicas.

22.4 Se deben servir tres comidas diarias a intervalos razonables.

22.5 Los internos deben tener acceso a agua potable en todo momento.

22.6 El médico o un enfermero cualificado debe prescribir las modificaciones del régimen alimenticio necesarias para un interno si se considera necesario por razones médicas.

#### Régimen penitenciario

25.1 El régimen previsto para todos los internos debe ofrecer un programa equilibrado de actividades.

25.2 Este régimen debe permitir a todos los internos pasar diariamente fuera de su celda el tiempo necesario para asegurar un nivel suficiente de contacto humano y social.

25.3 Este régimen debe asimismo tener en cuenta las necesidades sociales de los internos.

25.4 Se prestará una atención especial a las necesidades de los internos que hayan sufrido violencia física, mental o sexual.

*Ejercicio físico y actividades recreativas*

- 27.1 *Todo interno debe tener la oportunidad, si la climatología lo permite, de hacer al menos una hora diaria de ejercicio al aire libre.*
- 27.2 *En caso de que haga mal tiempo, se ofrecerán soluciones alternativas en el interior a los internos que deseen hacer ejercicio.*
- 27.3 *Actividades correctamente organizadas - concebidas para mantener a los internos en buena forma física, así como para permitirles hacer ejercicio y para que se distraigan - deberán formar parte integrante del régimen penitenciario.*
- 27.4 *Las Autoridades Penitenciarias facilitarán este tipo de actividades proporcionando las instalaciones y el equipamiento adecuados.*
- 27.5 *Las Autoridades Penitenciarias adoptarán las disposiciones especiales necesarias para organizar, para los internos que lo necesiten, actividades personalizadas.*
- 27.6 *Se ofrecerá a los internos actividades recreativas - que comprenderán juegos, deporte, actividades culturales, pasatiempos y ocio activo -, y los internos deben ser autorizados, en la medida de lo posible, a organizarlas.*
- 27.7 *Los internos deben ser autorizados a reunirse para realizar sesiones de ejercicio físico y participar en actividades recreativas.*

*Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*

- 29.1 *El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de los internos debe ser respetado.*
- 29.2 *El régimen penitenciario debe organizarse, en la medida de lo posible, de forma que permita a los internos la práctica de su religión o el seguimiento de su filosofía, participando en servicios o reuniones, dirigidas por representantes reconocidos de dichas religiones o filosofías, recibir en privado visitas de dichos representantes, y tener en su poder libros y publicaciones de carácter religioso o espiritual.*
- 29.3 *Los internos no pueden ser obligados a practicar una religión o seguir una filosofía, a participar en servicios o reuniones religiosas o a aceptar las visitas de un representante de cualquier religión o filosofía.*

*Minorías étnicas y lingüísticas*

- 38.1 *Se tomarán medidas especiales con referencia a las necesidades de los internos pertenecientes a una minoría étnica o lingüística.*
- 38.2 *En la medida de lo posible, se podrán seguir observando en prisión las prácticas culturales de los diferentes grupos.*
- 38.3 *Las necesidades lingüísticas deben ser cubiertas recurriendo a intérpretes competentes y proporcionando folletos informativos redactados en las diferentes lenguas habladas en cada prisión.*

*Organización de los cuidados médicos en la prisión*

- 40.3 *Los internos deben tener acceso a los servicios sanitarios del país sin sufrir ninguna discriminación basada en su situación jurídica.*
- 40.4 *Los Servicios Médicos de la prisión deben esforzarse en diagnosticar y tratar las enfermedades físicas y mentales, así como en corregir las deficiencias que sufran habitualmente los internos.*
- 40.5 *Con este fin, todo interno debe beneficiarse de los cuidados médicos, quirúrgicos y psiquiátricos necesarios, similares a los disponibles en el exterior.*

*Personal médico y asistencial*

- 41.1 *Cada prisión debe disponer al menos de los servicios de un médico de medicina general.*
- 41.2 *Se adoptarán las medidas necesarias para asegurar que en todo momento pueda intervenir un médico diplomado sin demora en caso de urgencia.*
- 41.3 *Las prisiones que no dispongan de médico a tiempo completo deben recibir visitas regulares de un médico a tiempo parcial.*
- 41.4 *Toda prisión debe disponer de personal que haya recibido una formación médica adecuada.*
- 41.5 *Todo interno debe tener acceso a la atención de dentistas y oftalmólogos titulados.*

*Deberes del médico*

- 42.1 El médico o un enfermero cualificado dependiente del médico debe ver y examinar a cada interno lo más rápidamente posible tras su ingreso, salvo que esto sea manifiestamente innecesario.
- 42.2 El médico o un enfermero cualificado dependiente del médico debe examinar a los internos, si estos lo solicitan, antes de su salida en libertad, y debe examinar a los internos además tan frecuentemente como sea necesario.
- 42.3 Cuando examine a un interno, el médico o el enfermero cualificado que dependa de él debe prestar una atención especial a:
- El respeto a las reglas ordinarias del secreto médico profesional.
  - El diagnóstico de las enfermedades físicas o mentales y a las medidas necesarias para su tratamiento o para continuar un tratamiento médico ya existente.
  - La consignación e indicación a las autoridades competentes de toda señal o indicación que permita pensar que los internos han podido sufrir algún tipo de violencia.
  - Los síntomas del síndrome de abstinencia tras el consumo de estupefacientes, medicamentos o alcohol.
  - La identificación de toda presión psicológica o tensión emocional debida a la privación de libertad.
  - Al aislamiento de los internos sospechosos de sufrir enfermedades infectocontagiosas, durante el período en el que son contagiosas, y a la administración de un tratamiento adecuado a los interesados.
  - A que los internos no sean aislados solo por ser seropositivos.
  - La identificación de los problemas de salud física y mental que puedan obstaculizar la reinserción social de los internos tras su salida en libertad.
  - La determinación de la capacidad del interesado para trabajar y hacer ejercicio.
  - La adopción de acuerdos con los servicios de la colectividad con el fin de que los internos puedan continuar los tratamientos médicos o mentales necesarios tras su puesta en libertad, siempre que el interno de su consentimiento a este acuerdo.

*Administración de los cuidados médicos*

- 46.1 Los internos enfermos que necesiten cuidados médicos especiales deben ser trasladados a establecimientos especializados u hospitales civiles, si dichos cuidados no se prestan en la prisión.
- 46.2 Cuando la prisión disponga de hospital propio, este estará dotado del personal y equipamiento necesarios para asegurar los cuidados y tratamientos adecuados para los internos que sean trasladados allí.
- 

**16. INTERNAMIENTO DE MENORES Y FAMILIAS**

Base jurídica: artículo 17 de la Directiva relativa al retorno.

- Los menores no acompañados y las familias con menores solo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible.
- A las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad.
- Se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación.
- A los menores no acompañados se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad.
- El interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión.

La Directiva relativa al retorno permite el internamiento de menores no acompañados y de familias con menores con fines de expulsión como medida de último recurso, y ello por el menor tiempo posible, a condición de que se respeten debidamente garantías específicas.

Además de las garantías establecidas por el artículo 17 de la Directiva relativa al retorno, deben respetarse los principios del artículo 15 de esa Directiva aplicables a las normas generales en materia de internamiento: en particular, el internamiento debe utilizarse únicamente como una medida de último recurso, debe disponerse de una serie de alternativas efectivas viables al internamiento y debe llevarse a cabo una evaluación individual de cada caso (véase el apartado 14). El interés superior del menor debe recibir siempre la debida consideración en el contexto del internamiento de menores y familias, por lo que se insta a los Estados miembros a que los organismos de protección de la infancia participen en todas las cuestiones relacionadas con el internamiento y a que, cuando existan motivos para el internamiento, se haga todo lo posible para garantizar que existen alternativas efectivas viables al internamiento de menores (no acompañados o con sus familias) disponibles y accesibles.

El ACNUR <sup>(1)</sup> y la FRA <sup>(2)</sup> proporcionan ejemplos de buenas prácticas sobre las alternativas al internamiento de menores no acompañados y de familias con niños.

La Comisión recomienda que la legislación nacional no debe excluir la posibilidad de internar menores cuando sea estrictamente necesario para garantizar la ejecución de una decisión de retorno definitiva, y en la medida en que no puedan aplicarse otras medidas menos coercitivas de manera efectiva en ese caso concreto.

El texto del artículo 17 de la Directiva relativa al retorno coincide en gran medida con el texto de la Directriz n.º 11 «Niños y familias» del Consejo de Europa. Pueden encontrarse orientaciones más concretas en el comentario a esta Directriz:

---

### **Directriz n.º 11 «Niños y familias» del Consejo de Europa**

#### **Comentario**

1. Los apartados 1, 3 y 5 de la presente Directriz se inspiran en las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Resolución de la Asamblea General 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y ratificada por todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Con respecto al apartado 2, cabe recordar que el derecho al respeto de la vida familiar concedido en virtud del artículo 8 del CEDH es aplicable también en el contexto del internamiento.
2. En relación con la privación de libertad de los niños, el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé en particular que «la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda» [artículo 37, letra b)]. De conformidad con el artículo 20, apartado 1, de esta Convención, «los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado».
3. También se encontró inspiración en el apartado 38 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Resolución 45/113 de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1990, que se aplican a cualquier privación de libertad, entendida como «toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública» [apartado 11, letra b)]. Según el apartado 38, «todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad. La administración de los establecimientos deberá prestar especial atención a la enseñanza de los menores de origen extranjero o con necesidades culturales o étnicas particulares. Los menores analfabetos o que presenten problemas cognitivos o de aprendizaje tendrán derecho a enseñanza especial».
4. El último apartado refleja el principio director de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 3, apartado 1, establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.» Naturalmente, ello se aplica también a las decisiones relativas al internamiento de niños que se enfrentan a la expulsión del territorio.

---

(1) ACNUR, Options paper 1: Options for governments on care arrangements and alternatives to detention for children and families [Documento de opciones 1: opciones de los gobiernos sobre modalidades de asistencia y alternativas al internamiento de menores y familias], 2015, disponible en: <http://www.unhcr.org/553f58509.pdf>.

(2) Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, European legal and policy framework on immigration detention of children [Marco legal y político europeo del internamiento de menores migrantes], 2017, disponible en: [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2017-immigration-detention-children\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-immigration-detention-children_en.pdf).

En lo referente al internamiento de menores, las «Normas del CPT» establecen las disposiciones siguientes, que los Estados miembros han de respetar siempre que, con carácter excepcional y como último recurso, apliquen el internamiento:

---

### **Normas del CPT sobre el internamiento de menores — Extractos**

97. El CPT considera que deben realizarse todos los esfuerzos posibles para evitar la privación de libertad de los migrantes irregulares menores de edad. De conformidad con el principio del «interés superior del niño» recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño el internamiento de menores, incluidos los menores solos y separados, rara vez está justificado y, a juicio del Comité, es indudable que no puede estar motivado únicamente en la ausencia de la condición de residente. En los casos en que a título excepcional se interne a un menor, su privación de libertad debe ser lo más breve posible. Debe decretarse la inmediata puesta en libertad de los menores solos o separados que se encuentren en un centro de internamiento y su traslado a un establecimiento más apropiado. Dada la vulnerabilidad de los menores, deben aplicarse garantías adicionales siempre que se interne a un menor, en particular en aquellos casos en los que los menores sean separados de sus progenitores o cuidadores o en los que estén solos, sin sus progenitores, cuidadores ni familiares.
98. Tan pronto como las autoridades tengan conocimiento de la presencia de un menor, una persona profesionalmente cualificada debe realizarle una primera entrevista en un idioma de fácil comprensión para el niño. Deben evaluarse los factores de vulnerabilidad particulares de dicho menor en atención a su edad, su estado de salud y su situación psicosocial, y considerarse también sus necesidades especiales en materia de protección, incluidas las derivadas de posibles situaciones de violencia, trata de seres humanos o experiencias traumáticas. Se debe proporcionar a los menores solos o separados privados de libertad acceso gratuito e inmediato a una asistencia jurídica o de cualquier otro tipo, como la asignación de un tutor o representante legal. Deben introducirse también mecanismos de control que evalúen de manera continua el ejercicio de la tutela.
99. Deben adoptarse medidas que aseguren la presencia permanente de un trabajador social y de un psicólogo en contacto con los internos en todos los establecimientos en los que haya internos menores. La existencia de personal de ambos sexos constituye una garantía más contra los malos tratos. La presencia de hombres y mujeres entre los miembros del personal puede tener efectos positivos sobre su comportamiento durante la custodia y fomentar la normalidad en los centros de internamiento. Se debe ofrecer también a los menores privados de libertad una serie de actividades para su desarrollo (se debe permitir especialmente que el menor continúe su educación).
100. A fin de limitar al máximo el riesgo de explotación, deben adoptarse todas las medidas necesarias para crear espacios de alojamiento apropiados para los menores; por ejemplo, separándoles de los adultos, salvo que se considere que no hacerlo redundaría en el interés superior del menor. Este será el caso cuando los menores se encuentren en compañía de sus padres o de otros familiares cercanos. Entonces, debe realizarse el máximo esfuerzo para impedir la separación de la familia.
131. Las demandas y procedimientos de inspección efectivos son garantías fundamentales contra los malos tratos en todos los centros de internamiento, incluidos los centros de internamiento de menores. Los menores (así como sus progenitores o representantes legales) deben tener vías de denuncia abiertas dentro del sistema administrativo de los establecimientos y deben tener derecho a presentar quejas de manera confidencial a una autoridad independiente. Los procedimientos de queja deben ser simples, efectivos y adaptados a los niños, en particular en lo relativo al lenguaje utilizado. Los menores de edad (así como sus progenitores o representantes legales) deben tener derecho a solicitar asesoramiento jurídico acerca de las quejas y a disfrutar de asistencia jurídica gratuita cuando los intereses de la justicia así lo exijan.
132. El CPT también concede especial importancia a las visitas regulares a todos los centros de internamiento de menores por parte de un organismo independiente, como un comité de visitantes, un juez, el Defensor del Niño o el Mecanismo Nacional de Prevención (establecido en el marco del Protocolo facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura) que tenga facultades para escuchar —y, si fuera necesario, tomar medidas al respecto— las quejas de los menores o las presentadas por sus progenitores o representantes legales, inspeccionar el establecimiento y las instalaciones y actuar de conformidad con las exigencias del Derecho internacional y las normas internacionales pertinentes. Los miembros del organismo de inspección deben ser independientes y estar en contacto directo con los menores, incluso entrevistando a los internos en privado.

---

### **17. SITUACIONES DE EMERGENCIA**

Base jurídica: artículo 18 de la Directiva relativa al retorno.

1. En situaciones en que un número excepcionalmente importante de nacionales de terceros países que deban ser retornados plantee una importante carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro o para su personal administrativo o judicial, dicho Estado miembro podrá, mientras persista dicha situación excepcional, decidir autorizar períodos más largos para el control judicial que los establecidos en el artículo 15, apartado 2, párrafo tercero, y tomar medidas urgentes con respecto a las condiciones de internamiento que se aparten de las fijadas en el artículo 16, apartado 1, y en el artículo 17, apartado 2.

2. Cuando recurra a tales medidas excepcionales, el Estado miembro de que se trate informará a la Comisión. También informará a la Comisión tan pronto como desaparezcan las razones que justificaban la aplicación de dichas medidas excepcionales.
3. El presente artículo no se interpretará de tal modo que permita a los Estados miembros apartarse de su obligación general de tomar todas las medidas adecuadas, generales o particulares, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la presente Directiva.

Alcance de las posibles excepciones limitado a tres disposiciones: el artículo 18 establece la posibilidad de que los Estados miembros no apliquen tres disposiciones de la Directiva relacionadas con el internamiento: i) la obligación de prever un control judicial inicial rápido del internamiento; ii) la obligación de internar únicamente en centros especializados y iii) la obligación de proporcionar alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad a las familias en situaciones de emergencia causadas por la llegada repentina de un número elevado de migrantes irregulares. Las excepciones a otras normas contenidas en la Directiva relativa al retorno no son posibles.

La transposición al Derecho nacional es una condición previa para la posible aplicación de la cláusula de emergencia: el artículo 18 describe y limita las situaciones reguladas, así como el ámbito de aplicación de las posibles excepciones y obligaciones de información a la Comisión. Si un Estado miembro quiere tener la opción de aplicar esta cláusula de salvaguardia en situaciones de emergencia, deberá haberla transpuesto debidamente con anterioridad<sup>(1)</sup>, como una posibilidad y de acuerdo con los criterios del artículo 18, en su legislación nacional. Nota: contrariamente a las cláusulas de salvaguardia previstas en la normativa (por ejemplo, las del CFS relacionadas con el restablecimiento del control de las fronteras interiores), las cláusulas de salvaguardia de las Directivas deben transponerse al Derecho nacional antes de poder ser utilizadas.

Los Estados miembros deberán comunicar a la Comisión el recurso a estas medidas y el momento en que dejen de ser aplicables. Dicha información debe transmitirse a través de los canales oficiales, es decir, a través de la Representación Permanente ante la Secretaría General de la Comisión Europea.

## 18. TRANSPOSICIÓN, INTERPRETACIÓN Y DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Efecto directo de la Directiva relativa al retorno en caso de transposición tardía o insuficiente: de acuerdo con la doctrina desarrollada por el TJUE, las disposiciones de una Directiva que confieren derechos a las personas y que son suficientemente claras e incondicionales son directamente aplicables cuando finaliza el plazo de transposición de la Directiva. Muchas de las disposiciones de la Directiva relativa al retorno cumplen estos requisitos, y en aquellos casos en los que los Estados miembros no las hayan incorporado a su Derecho nacional, o las hayan incorporado en una medida insuficiente, habrán de ser directamente aplicadas por las autoridades administrativas o judiciales nacionales. Es el caso, en particular, de las disposiciones relativas a:

- el respeto del principio de no devolución (artículos 5 y 9 de la Directiva relativa al retorno),
- el requisito de que a las personas que vayan a ser retornadas se les ofrezca normalmente un plazo adecuado para la salida voluntaria de entre siete y treinta días (artículo 7 de la Directiva relativa al retorno),
- las limitaciones del uso de medidas coercitivas en los casos de retorno forzoso (artículo 8 de la Directiva relativa al retorno),
- el derecho de los menores no acompañados que sean objeto de procedimientos de retorno a recibir asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno y la obligación de los Estados miembros de velar por que los menores no acompañados solo sean entregados a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno (artículo 10 de la Directiva relativa al retorno),
- las limitaciones de la duración de las prohibiciones de entrada y la necesidad de evaluaciones individualizadas caso por caso (artículo 11 de la Directiva relativa al retorno), como quedó expresamente confirmado por la sentencia del TJUE en el asunto C-297/12, Filev y Osmani (apartado 55),
- las garantías procesales, incluido el derecho a una decisión de retorno motivada y por escrito, así como el derecho a vías de recurso efectivas y a la asistencia jurídica y lingüística (artículos 12 y 13 de la Directiva relativa al retorno),
- las limitaciones al uso del internamiento y los plazos máximos de internamiento (artículo 15 de la Directiva relativa al retorno) y el derecho a unas condiciones de internamiento dignas y humanas (artículo 16 de la Directiva relativa al retorno), como quedó expresamente confirmado por la sentencia del TJUE en el asunto C-61/11, El Dridi (apartados 46 y 47),
- las limitaciones y garantías especiales relativas al internamiento de menores y familias (artículo 17 de la Directiva relativa al retorno).

<sup>(1)</sup> Por lo que se refiere a la situación específica de Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein, véase la nota a pie de página en el apartado 2.

Cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE: el artículo 267 del TFUE confiere al TJUE competencia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación y la validez de la Directiva relativa al retorno. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano *podrá* pedir al TJUE que se pronuncie sobre la misma cuando estime necesaria una decisión al respecto para poder dictar sentencia. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en el Derecho interno, dicho órgano *deberá* someter la cuestión al TJUE. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona en situación de internamiento, el TJUE deberá incoar un procedimiento de urgencia acelerado. Las cuestiones prejudiciales ya han desempeñado un importante papel a la hora de garantizar una interpretación armonizada de diversas disposiciones clave de la Directiva relativa al retorno.

Se insta a los miembros de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a hacer un uso continuo de las cuestiones prejudiciales y a solicitar al TJUE una interpretación auténtica siempre que resulte necesario.

Disposiciones transitorias para asuntos o procedimientos relacionados con períodos anteriores al 24 de diciembre de 2010: los Estados miembros deben asegurarse de que todas las personas cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva gozan de las garantías y derechos sustantivos concedidos por la Directiva a partir del 24 de diciembre de 2010 (o a partir de la fecha de adhesión, cuando se trate de nuevos Estados miembros). Aunque puede ser legítimo continuar tramitando los procedimientos nacionales de retorno iniciados de conformidad con la legislación nacional previa a la transposición, ello no debe menoscabar en esencia los derechos reconocidos por la Directiva, como la limitación del internamiento y el uso de medidas coercitivas, las garantías procesales —incluido el derecho a una decisión escrita y a recurrir contra ella— o la prioridad de la salida voluntaria. Para cualquier retorno que no se haya llevado a cabo el 24 de diciembre de 2010, se deberá dictar una decisión de retorno escrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva, y se deberán prever vías de recurso efectivas contra tal decisión de conformidad con lo dispuesto en su artículo 13.

Las prohibiciones de entrada «históricas», dictadas antes del 24 de diciembre de 2010, se deberán adaptar a los requisitos de la Directiva relativa al retorno (véase el apartado 11.9). Los períodos de internamiento completados antes de que fuesen de aplicación las normas de la Directiva relativa al retorno se deberán tener en cuenta en el cálculo del período total máximo previsto en la Directiva relativa al retorno (véase el apartado 14.4.2).

Introducción de una excepción al ámbito de aplicación en una fase posterior (después de 2010): los Estados miembros pueden decidir hacer uso de la excepción prevista en el artículo 2 (casos fronterizos y casos penales) en una fase posterior. Este cambio de la legislación nacional no debe tener consecuencias desfavorables para las personas que ya podían acogerse a los efectos de la Directiva relativa al retorno (véase el apartado 2).

## 19. FUENTES Y DOCUMENTOS DE REFERENCIA

El presente manual se basa en las fuentes siguientes:

1. Recopilación de actas del Grupo de Contacto sobre la Directiva relativa al retorno.
2. Extractos de determinados asuntos del TJUE (con las palabras clave y el nombre del Estado miembro interesado entre paréntesis):
  - Sentencia de 30 de noviembre de 2009, Kadzoev (C-357/09 PPU), ECLI:EU:C:2009:741 (internamiento, motivos de la prórroga; vínculo con un internamiento relacionado con el asilo — BG).
  - Sentencia de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU), ECLI:EU:C:2011:268 (tipificación penal, pena de prisión por situación irregular — IT).
  - Sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achoughbadian (C-329/11), ECLI:EU:C:2011:807 (tipificación penal, pena de prisión por situación irregular — FR).
  - Sentencia de 6 de diciembre de 2012, Sagor (C-430/11), ECLI:EU:C:2012:777 (tipificación penal, multa por situación irregular; orden de expulsión; arresto domiciliario — IT).
  - Auto de 21 de marzo de 2013, Mbaye (C-522/11), ECLI:EU:C:2013:190 (tipificación penal de la situación irregular — IT).
  - Sentencia de 30 de mayo de 2013, Arslan (C-534/11), ECLI:EU:C:2013:343 (internamiento relacionado con el retorno frente a internamiento relacionado con el asilo — CZ).
  - Sentencia de 10 de septiembre de 2013, G. y R. (C-383/13 PPU), ECLI:EU:C:2013:533 (derecho a ser oído antes de prorrogar el internamiento — NL).
  - Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Filev y Osmani (C-297/12), ECLI:EU:C:2013:569 (prohibiciones de entrada, necesidad de determinar la duración de oficio; prohibiciones de entrada históricas — DE).

- Sentencia de 5 de junio de 2014, Mahdi (C-146/14 PPU), ECLI:EU:C:2014:1320 (internamiento, motivos de prórroga y supervisión judicial — BG).
- Sentencia de 3 de julio de 2014, Da Silva (C-189/13) ECLI:EU:C:2014:2043 (tipificación penal, entrada ilegal — FR).
- Sentencia de 17 de julio de 2014, Bero (C-473/13) y Bouzalmate (C-514/13), ECLI:EU:C:2014:2095 (condiciones de internamiento, obligación de ofrecer centros especializados — DE).
- Sentencia de 17 de julio de 2014, Pham (C-474/13), ECLI:EU:C:2014:2096 (condiciones de internamiento — DE).
- Sentencia de 6 de noviembre de 2014, Mukarubega (C-166/13), ECLI:EU:C:2014:2336 (derecho a ser oído antes de que se dicte la decisión de retorno — FR).
- Sentencia de 11 de diciembre de 2014 Boudjlida (C-249/13), ECLI:EU:C:2014:2431 (derecho a ser oído antes de que se dicte la decisión de retorno — FR).
- Sentencia de 18 de diciembre de 2014, Abdida (C-562/13), ECLI:EU:C:2014:2453 (derechos a la espera de un retorno aplazado — BE).
- Sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14), ECLI:EU:C:2015:260 (obligación de dictar una decisión de retorno — ES).
- Sentencia de 11 de junio de 2015, Zh. y O. (C-554/13), ECLI:EU:C:2015:377 (criterios de determinación del plazo de salida voluntaria — NL).
- Sentencia de 15 de febrero de 2016, Skerdjan Celaj (C-290/14), ECLI:EU:C:2015:640 (tipificación penal del incumplimiento de una prohibición de entrada — IT).
- Sentencia de 15 de febrero de 2016, J.N. (C-601/15 PPU), ECLI:EU:C:2016:84 (ejecución de una decisión de retorno a raíz de la denegación de una solicitud de protección internacional — NL).
- Sentencia de 7 de junio de 2016, Affum (C-47/15), ECLI:EU:C:2016:408 (definición de estancia ilegal, tipificación penal, entrada ilegal — FR).
- Sentencia de 15 de marzo de 2017, Al Chodor y otros (C-528/15), ECLI:EU:C:2017:213 (definición de riesgo de fuga en los procedimientos de Dublín — CZ).
- Sentencia de 26 de julio de 2017, Ouhrami (C-225/16), ECLI:EU:C:2017:590 (fecha de validez de la prohibición de entrada — NL).

### 3. Acervo de la UE en materia de retorno:

- 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.
- Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.
- Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.
- Decisión 2004/191/CE del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE.
- Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión.
- Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo.
- Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, C(2017) 1600.
- Comunicación de la Comisión, de 12 de abril de 2017, al Parlamento Europeo y al Consejo «La protección de los niños en la migración», COM(2017) 211 final.

### 4. Documentos pertinentes del Consejo de Europa:

- Veinte Directrices sobre el retorno forzoso, aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo 2005, y comentarios (septiembre de 2005, ISBN 92-871-5809-6).

- Normas del CPT [documento CPT/Inf/E (2002) 1, Rev. 2013].
- Ficha informativa sobre el internamiento de migrantes del CPT [documento CPT/INF(2017) de 3 de marzo de 2017].
- Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª reunión de los Delegados de los Ministros).

5. Documentos pertinentes de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

- Documento de orientación sobre las consideraciones relativas a los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular, octubre de 2012.
- Manual de legislación europea relativo al asilo, las fronteras y la inmigración, coeditado por la FRA y el TEDH, 2014.
- Alternativas al internamiento de los solicitantes de asilo y las personas en los procedimientos de retorno, octubre de 2015.
- Nota — Derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular que no son expulsados, disponible en: <http://fra.europa.eu/en/Non-removed-migrants-rights>
- Marco jurídico y político del internamiento de menores migrantes, junio de 2017, disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>.

6. Informes de las evaluaciones de Schengen en materia de retorno.

## 20. ABREVIATURAS

CAS: Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

CdE: Consejo de Europa.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CDF: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CFS: Código de Fronteras Schengen.

EEE: Espacio Económico Europeo.

Estados miembros: los Estados miembros vinculados por la Directiva relativa al retorno (todos los Estados miembros de la UE excepto el Reino Unido e Irlanda), así como Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

FRA: Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

SIS: Sistema de Información Schengen.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

---