Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 2 de febrero de 2016[1]

Asunto C-47/15

Sélina Affum, Sra. de Amissah
contra
Préfet du Pas-de-Calais
Procureur général de la Cour d'appel de Douai

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia)]

«Espacio de libertad, de seguridad y de justicia — Directiva 2008/115/CE — Retorno de nacionales de terceros países en situación irregular — Entrada irregular — Situación de tránsito — Pena de prisión — Detención preventiva»

I. **Introducción**

1. En el marco de la presente remisión prejudicial de la Cour de cassation (Tribunal de Casación), se solicita, una vez más, al Tribunal de Justicia que se pronuncie acerca de la compatibilidad con la Directiva 2008/115/CE[2] de una disposición de Derecho nacional que permite pronunciar una pena de prisión contra un nacional de un tercer país, basándose, como único motivo, en la irregularidad de su situación.

2. En comparación con los asuntos anteriores relativos a esta cuestión,[3] el presente asunto se distingue por dos particularidades. Primero, se refiere a una nacional de un tercer país que ha entrado en el territorio del Estado miembro de que se trata con fines de mero tránsito y que ha sido interceptada al salir de dicho Estado miembro. De este modo, se plantea la cuestión de determinar si se trata de una situación a efectos de la Directiva 2008/115. Segundo, el Estado miembro en cuestión no tiene intención de pronunciar una decisión de retorno con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, sino de entregar a la ciudadana de que se trata a las autoridades de otro Estado miembro, al amparo de un Convenio celebrado antes de la entrada en vigor de la Directiva 2008/115.

3. El presente asunto dará al Tribunal de Justicia la ocasión de recordar que la Directiva 2008/115 se aplica a cualquier nacional de un tercer país, en situación irregular, cualquiera que sea el motivo de la irregularidad de su situación y el lugar de su detención, y que la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país sólo es posible en unas situaciones muy determinadas que no se dan en el presente asunto.

1 — Lengua original: francés.

2 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, p. 98).

3 — Véanse las sentencias El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268); Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), y Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). Véase igualmente la sentencia Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), que tenía por objeto, entre otros, una pena de arresto domiciliario.

II. **Marco jurídico**

A. *Derecho de la Unión*

1. Directiva 2008/115

4. El objeto de la Directiva 2008/115 aparece descrito en su artículo 1 en los siguientes términos:

«La presente Directiva establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos.»

5. El artículo 2 de la Directiva 2008/115, titulado «Ámbito de aplicación», dispone:

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

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

a) a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro;

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

[...]»

6. El artículo 3 de esta Directiva, titulado «Definiciones», establece que:

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

[...]

2) “situación irregular” 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;

3) “retorno” el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a:

— su país de origen, o

— un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u

— otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido;

4) “decisión de retorno” una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno;

5) “expulsión” la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro;

[...]»

7. El artículo 4 de dicha Directiva, titulado «Disposiciones más favorables» señala:

«1. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones más favorables de:

a) acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados entre la Comunidad —o la Comunidad y sus Estados miembros— y uno o varios terceros países;

b) acuerdos bilaterales o multilaterales concluidos entre uno o varios Estados miembros y uno o varios terceros países.

[...]

4. Por lo que respecta a los nacionales de terceros países excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra a), los Estados miembros:

a) se asegurarán de que el trato y el nivel de protección no sean menos favorables que los establecidos en el artículo 8, apartados 4 y 5 (limitaciones al recurso a medidas coercitivas), el artículo 9, apartado 2, letra a) (aplazamiento de la expulsión), el artículo 14, apartado 1, letras b) y d) (asistencia sanitaria urgente y toma en consideración de las necesidades de las personas vulnerables) y los artículos 16 y 17 (condiciones del internamiento), y

b) respetarán el principio de no devolución.»

8. Los artículos 6 a 8 de la Directiva 2008/115 establecen lo siguiente:

«*Artículo 6*

Decisión de retorno

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

[...]

3. 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. 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.

[...]

Artículo 7

Salida voluntaria

1. 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. [...]

[...]

Artículo 8

Expulsión

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.

[...]»

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

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

a) haya riesgo de fuga, o

b) el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión.

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

[...]»

2. El CAAS y el Código de fronteras Schengen

10. El 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 2000, L 239, p. 19), firmado en Schengen el 19 de junio de 1990 (en lo sucesivo, «CAAS»), forma parte del Acervo de Schengen.

11. El título II, capítulo 4, del CAAS, titulado «Condiciones de circulación de los extranjeros», establece en sus artículos 19, apartados 1 y 2, 20, apartado 1, y 21, apartados 1 y 2, las condiciones en las cuales los extranjeros titulares de un visado uniforme o de un visado expedido por una de las Partes contratantes, los extranjeros que no estén sujetos a la obligación de visado, así como los extranjeros

titulares de un permiso de residencia o de una autorización provisional de residencia expedido por una de esas partes, podrán circular libremente por el territorio de las partes contratantes. Estas disposiciones se refieren especialmente a algunas de las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5, apartado 1, del CAAS.

12. El Reglamento (CE) nº 562/2006 [4] ha consolidado y desarrollado el acervo de Schengen.

13. A tenor del considerando 27 del Código de fronteras Schengen, éste «desarrolla disposiciones del acervo de Schengen en las que el Reino Unido [de Gran Bretaña e Irlanda del Norte] no participa [...]. Por consiguiente, el Reino Unido no participa en la adopción del presente Reglamento y no está vinculado ni sujeto a su aplicación.

14. Según el artículo 1 de dicho Código, éste «dispone la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea» y «establece normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea».

15. El artículo 2, puntos 1 y 2, del mismo código contiene las siguientes definiciones:

«1) “fronteras interiores”:

a) las fronteras terrestres comunes, incluidas las fronteras fluviales y lacustres, de los Estados miembros;

b) los aeropuertos de los Estados miembros por lo que respecta a los vuelos interiores;

c) los puertos marítimos, fluviales y lacustres de los Estados miembros por lo que respecta a los enlaces regulares de transbordadores;

2) “fronteras exteriores”, las fronteras terrestres de los Estados miembros, incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores».

16. El título II, capítulo I, del Código de fronteras Schengen, titulado «Cruce de las fronteras exteriores y condiciones de entrada», dispone, en sus artículos 4 y 5:

«*Artículo 4*

Cruce de las fronteras exteriores

1. Las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas. Las horas de apertura estarán indicadas claramente en todo paso fronterizo que no esté abierto las 24 horas del día.

[...]

4 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO 2006, L 105, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (UE) nº 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo de 2010 (DO 2010, L 85, p. 1; «en lo sucesivo, Código de fronteras Schengen»).

3. Sin perjuicio de las excepciones previstas en el apartado 2 o de sus obligaciones en materia de protección internacional, los Estados miembros fijarán sanciones, de conformidad con su Derecho interno, en el caso de cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas. Las sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Artículo 5

Condiciones de entrada para los nacionales de terceros países

1. Para una estancia que no exceda de tres meses dentro de un período de seis meses, las condiciones de entrada para nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) estar en posesión de un documento o documentos de viaje válidos que permitan el cruce de la frontera;

b) estar en posesión de un visado válido, cuando así [se] exija [...], salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido [...];

c) estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) no estar inscrito como no admisible en el [Sistema de Información Schengen (SIS)];

e) no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro [...]

[...]

4. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 pero sean titulares de un permiso de residencia, de un visado de larga duración o de un visado de regreso expedido por uno de los Estados miembros o, cuando así se exija, un permiso de residencia o un visado de larga duración y un visado de regreso, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia, el visado de larga duración o el visado de regreso [...];

[...]

c) por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. [...]»

17. El título II, capítulo II, del Código de fronteras Schengen, titulado «Control de las fronteras exteriores y denegación de entrada», dispone en son artículo 7, relativo a las inspecciones fronterizas de personas:

«*Artículo 7*

Inspecciones fronterizas de personas

1. La circulación transfronteriza en las fronteras exteriores estará sometida a las inspecciones de la guardia de fronteras. Las inspecciones se efectuarán de conformidad con el presente capítulo.

[...]

3. A la entrada y a la salida, deberá someterse a los nacionales de terceros países a una inspección minuciosa:

a) la inspección minuciosa a la entrada incluirá la comprobación de las condiciones de entrada indicadas en el artículo 5, apartado 1, así como, en su caso, la de los documentos que autoricen la estancia y el ejercicio de actividad profesional. Esto incluirá un examen detallado de los siguientes extremos:

[...]

b) la inspección minuciosa a la salida incluirá:

   i) la comprobación de que el nacional de un tercer país está en posesión de un documento válido para cruzar la frontera,

   ii) la comprobación de indicios de falsificación o alteración en el documento de viaje,

   iii) siempre que sea posible, la comprobación de que al nacional de un tercer país no se le considera una amenaza para el orden público, la seguridad interior o las relaciones internacionales de alguno de los Estados miembros;

c) además de las inspecciones a que se refiere la letra b), la inspección minuciosa a la salida también podrá incluir:

   i) la comprobación de que la persona está en posesión de un visado válido [...], salvo que sea titular de un permiso de residencia válido,

   ii) la comprobación de que la persona no permaneció en el territorio de los Estados miembros más tiempo que el de la estancia máxima autorizada,

   iii) la consulta de las descripciones relativas a las personas y a los objetos incluidos en el SIS y de los informes en los ficheros nacionales.

[...]»

18. Según el artículo 20 de dicho Código, que figura en el capítulo I, titulado «Supresión de los controles en las fronteras interiores», del título III de dicho código, las «fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice inspección fronteriza alguna de las personas, cualquiera que sea su nacionalidad».

19. En virtud del artículo 39, apartado 1, del Código de fronteras Schengen, que forma parte del título IV, titulado «Disposiciones finales», los artículos 2 a 8 del CAAS fueron derogados a partir del 13 de octubre de 2006. De esta forma, las condiciones de entrada, en especial, que figuraban antes en el artículo 5, apartado 1, del CAAS, fueron sustituidas por las establecidas en el artículo 5 de dicho Código.

B. *Normativa francesa*

1. Código sobre la entrada y estancia de extranjeros y derecho de asilo (code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile)

20. El artículo L. 621-2 del Código sobre la entrada y estancia de extranjeros y derecho de asilo, en su versión modificada por la Ley nº 2012-1560, de 31 de diciembre de 2012, relativa a la retención para comprobar el derecho de residencia y por la que se modifica el delito de ayuda a la estancia irregular, con el fin de excluir las acciones humanitarias desinteresadas (loi nº 2012-1560, du 31 décembre 2012, relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées) (JORF de 1 de enero de 2013, p. 48; en lo sucesivo, «Ceseda»), dispone:

«Se castigará con pena de prisión de un año y multa de 3 750 euros al extranjero que, sin ser nacional de un Estado miembro de la Unión Europea:

1º Haya penetrado en territorio metropolitano sin reunir las condiciones mencionadas en las letras a, b o c del apartado 1 del artículo 5 del [Código de fronteras Schengen] y sin haber sido admitido en el territorio con arreglo a las letras a y c del apartado 4 del artículo 5 de ese mismo [Código]; lo mismo ocurrirá cuando el extranjero esté inscrito como no admisible en virtud de una resolución ejecutiva adoptada por otro Estado parte del [CAAS];

2º O, haya entrado en el territorio metropolitano, procedente directamente del territorio de un Estado parte en el [CAAS], incumpliendo lo estipulado en sus artículos 19, apartados 1 o 2, 20, apartado 1, y 21, apartados 1 o 2, a excepción de los requisitos mencionados en la letra e) del apartado 1 del artículo 5 del [Código de fronteras Schengen] y en la letra d), cuando la inscripción como no admisible no resulte de una resolución ejecutiva adoptada por otro Estado parte del [CAAS];

[...]

A efectos de la aplicación del presente artículo, la acción pública sólo podrá incoarse cuando los hechos hayan sido constatados en las circunstancias previstas en el artículo 53 del Código de Procedimiento Penal (Code de procédure pénale).»

2. Código de Procedimiento Penal

21. El Código de Procedimiento Penal, en su versión en vigor en la fecha en que ocurrieron los hechos del litigio principal, dispone en su artículo 53 lo siguiente:

«Se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabe de cometer. También se considerará que existe delito flagrante cuando, muy poco tiempo después de la acción, la persona sospechosa se vea perseguida por el clamor público, o se hallen en su poder efectos, o presente vestigios o indicios, que permitan presumir su participación en el delito.

Cuando se sorprenda un delito flagrante, las diligencias indagatorias llevadas a cabo bajo el control del Ministerio fiscal en las condiciones establecidas en el presente capítulo podrán continuarse sin interrupción durante un período de ocho días.

[...]»

22. El artículo 62-2 del Código de Procedimiento penal dispone:

«La detención preventiva es una medida coercitiva decidida por un agente de la policía judicial, bajo el control de la autoridad judicial, por la cual una persona contra la que existen uno o varios motivos razonables para sospechar que ha cometido o intentado cometer un delito grave o menos grave castigado con pena de prisión se mantiene a disposición de los investigadores.

[...]»

III. **Hechos del litigio principal, procedimiento ante el Tribunal de Justicia y cuestiones prejudiciales**

23. El 22 de marzo de 2013, la Sra. Affum, de nacionalidad ghanesa, fue objeto de control por parte de unos agentes de la policía francesa en Coquelles (Francia), punto de entrada al túnel bajo el Canal de la Mancha, cuando se encontraba a bordo de un autobús procedente de Gante (Bélgica) y con destino a Londres (Reino Unido).

24. Tras haber presentado un pasaporte belga con la fotografía y el nombre de una tercera persona, al encontrarse desprovista de otros documentos de identidad o de viaje a su nombre, quedó sujeta a detención preventiva por entrada irregular en el territorio francés, con arreglo al artículo L. 621-2, 2°, del Ceseda.

25. Al día siguiente la fiscalía ante el tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer (Tribunal de Primera Instancia de Boulogne-sur-Mer) decidió el archivo definitivo de las diligencias penales incoadas contra la Sra. Affum. En consecuencia, ese mismo día, la medida de detención preventiva dictada contra la misma quedó sin efecto.

26. Sin embargo, paralelamente a las diligencia penales incoadas contra la Sra. Affum, se dio traslado al Prefecto de Paso de Calais (Préfet du Pas-de-Calais) de la situación administrativa de la Sra. Affum para que éste se pronunciara acerca de su posible expulsión del territorio francés.

27. Mediante resolución administrativa de 23 de marzo de 2013, se decidió devolver a la Sra. Affum a las autoridades belgas, con vistas a su readmisión, al amparo del Convenio entre los Gobiernos del Reino de los Países Bajos, del Reino de Bélgica y del Gran Ducado de Luxemburgo, de una parte, y el Gobierno de la República Francesa, de otra, relativo al tratamiento de las personas en las fronteras comunes entre Francia y el territorio de los Estados del Benelux, firmado en París, el 16 de abril de 1964.

28. En esa misma resolución, el Prefecto de Paso de Calais ordenó el internamiento administrativo de la Sra. Affum en instalaciones no pertenecientes a la administración penitenciaria durante un plazo de cinco días a contar desde la finalización de su detención preventiva, en espera de su expulsión. En ejecución de dicha resolución, la Sra. Affum fue internada el 23 de marzo de 2013 por un período de cinco días, con vistas a su devolución a las autoridades belgas.

29. El 27 de marzo de 2013, el Prefecto de Paso de Calais solicitó al juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille (juez de las detenciones e internamientos penales y administrativos del Tribunal de Primera Instancia de Lille) la prórroga de esta medida de internamiento, en espera de la respuesta de las autoridades belgas a la solicitud de readmisión.

30. La Sra. Affun se opuso a dicha prórroga invocando la sentencia Achughbabian, [5] y alegando que la petición del Prefecto de Paso de Calais debía desestimarse puesto que la detención preventiva de que había sido objeto había sido irregular, y que, de acuerdo con el Derecho nacional, tal irregularidad había viciado el conjunto del procedimiento, lo cual debía acarrear la denegación de la prórroga del internamiento y la puesta en libertad de la persona afectada.

31. Sin embargo, mediante auto de 28 de marzo de 2013, el juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille (juez de las detenciones e internamientos penales y administrativos del Tribunal de Primera Instancia de Lille) consideró que la medida de detención preventiva adoptada contra la Sra. Affum había sido regular y que su internamiento administrativo traía causa de un procedimiento regular. Accediendo, por ello, a la petición del Prefecto de Paso de Calais, ordenó la prórroga del internamiento administrativo de la Sra. Affum hasta un máximo de 20 días contados desde la fecha de la resolución.

32. Mediante auto de 29 de marzo de 2013, el primer Presidente de la cour d'appel (Tribunal de Apelación) de Douai desestimó el recurso de apelación formulado por la Sra. Affum contra el auto del juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille (juez de las detenciones e internamientos penales y administrativos del Tribunal de Primera Instancia de Lille), confirmando dicho auto.

33. La Sra. Affum ha recurrido esta última resolución en casación ante la Cour de cassation (Tribunal de Casación), que ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 3, punto 2, de la Directiva 2008/115[…] en el sentido de que un nacional de un tercer Estado se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y está comprendido, en consecuencia, en el ámbito de aplicación de esta Directiva, con arreglo a su artículo 2, apartado 1, cuando el extranjero en cuestión se encuentra en una situación de mero tránsito, como pasajero de un autobús que circula por el territorio de dicho Estado miembro, procedente de otro Estado miembro que forme parte del Espacio Schengen, y con destino a un Estado miembro diferente?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 3, de la misma Directiva en el sentido de que ésta no se opone a una normativa nacional que castigue la entrada irregular de un nacional de un tercer Estado con la pena de prisión cuando otro Estado miembro pueda hacerse cargo del extranjero en cuestión con arreglo a un acuerdo o convenio celebrado con este último antes de la entrada en vigor de [dicha] Directiva?

3) Dependiendo de la respuesta que se dé a la cuestión anterior, ¿debe interpretarse la referida Directiva en el sentido de que se opone a una normativa nacional que castiga la entrada irregular de un nacional de un tercer Estado con la pena de prisión, de acuerdo con las mismas condiciones que las expuestas por el [Tribunal de Justicia] en la sentencia de 6 de diciembre de 2011, [Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807)] en materia de situación irregular, que se refieren a la falta de sujeción previa del interesado a las medidas coercitivas previstas en el artículo 8 de la [referida] Directiva y a la duración de su internamiento?»

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

34. La Sra. Affum presentó observaciones escritas, al igual que los Gobiernos francés, checo, griego, húngaro y suizo, así como la Comisión Europea. Durante la vista de 10 de noviembre de 2015, se oyeron las observaciones orales de la Sra. Affum, al igual que las de los Gobiernos francés y griego y las de la Comisión.

IV. **Análisis**

35. Con sus tres cuestiones prejudiciales, que merecen ser abordadas conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente quiere averiguar, en esencia, si la Directiva 2008/115 se opone a la normativa de un Estado miembro que castiga la entrada irregular de una nacional de un tercer país con la pena de prisión cuando dicha persona es interceptada al salir del espacio Schengen [6] en una frontera exterior de dicho Estado miembro en situación de tránsito procedente de otro Estado miembro, y ese otro Estado miembro puede hacerse cargo de ella con arreglo a un convenio celebrado con este último antes de la entrada en vigor de la Directiva 2008/115.

36. Para poder dar una respuesta útil a las cuestiones planteadas, procede, antes que nada, exponer brevemente el sistema creado por la Directiva 2008/115, de una parte, y por el Código de fronteras Schengen, de otra, analizando al mismo tiempo la línea que separa ambos instrumentos, a continuación, recordar brevemente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la privación de libertad de una persona en situaciones como las contempladas en la Directiva 2008/115 y, por último, analizar la normativa nacional controvertida.

A. *Directiva 2008/115 y su ámbito de aplicación*

37. El objetivo de la Directiva 2008/115 es, como enuncia su artículo 1, establecer normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales y el Derecho internacional. Del considerando 4 de esta Directiva se desprende que la misma pretende fijar normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada. La Directiva 2008/115 fue adoptada sobre la base del antiguo artículo 63 CE, párrafo primero, punto 3, letra b), [7] con arreglo al procedimiento de codecisión, en virtud del artículo 251 CE. [8] En efecto, se trata del primer instrumento jurídico en materia de inmigración adoptado siguiendo dicho procedimiento. [9]

38. El ámbito de aplicación *ratione personae* de la Directiva 2008/115, definido en su artículo 2, es muy amplio. En virtud del apartado 1 de dicha disposición, la Directiva 2008/115 se aplicará a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. Constituye una situación irregular 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. [10]

6 — Aunque los términos «Espacio Schengen» no se emplean en el Código de fronteras Schengen, se emplean habitualmente para designar los Estados miembros que forman parte de dicho Código. En este contexto, procede señalar que el propio Tribunal de Justicia emplea estos términos. Véanse, a título de ejemplo, las sentencias ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348), varios apartados y el fallo; Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155), apartado 67, y T. (C-373/13, EU:C:2015:413), apartado 52.

7 — Después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, este artículo se convirtió en el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra c).

8 — Este procedimiento pasó a ser aplicable a raíz de la adopción de la Decisión 2004/927/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por la que determinados ámbitos cubiertos por el título IV de la Tercera parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 del dicho Tratado (DO L 396, p. 45).

9 — Véase Baldaccini, A.: «The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Directive», *European Journal of Migration and Law*, 2001, pp. 1 a 17, y, en particular, p. 1.

10 — Véase el artículo 3, punto 2, de la Directiva 2008/115.

39. Por lo que se refiere únicamente a la situación irregular, el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2008/115 no realiza ninguna distinción entre entrada irregular y situación irregular.

40. En virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2008/115, los Estados miembros pueden decidir no aplicar dicha Directiva en determinadas situaciones muy concretas. En efecto, en virtud del artículo 2, apartado 2, letra a), de esta misma Directiva, un Estado miembro puede decidir no aplicar la Directiva 2008/115 a los nacionales de terceros países a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de la fronteras exteriores de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro.

41. Con arreglo a la disposición antes citada, estas personas han de ser interceptadas con ocasión del cruce irregular de la frontera exterior, lo cual implica, en mi opinión, que existe una relación temporal y espacial estrecha con el cruce de la frontera.

42. En la propia Directiva 2008/115, no se encuentra una definición de los términos «frontera interior» o «frontera exterior». Sin embargo, en la medida en que en la misma se menciona varias veces el Código de fronteras Schengen, no albergo dudas en cuanto a que es aplicable la definición ofrecida por dicho Código. De esta manera, del artículo 2, puntos 1, letra a), y 2, del Código de fronteras Schengen se desprende que constituyen «fronteras interiores» las fronteras terrestres [11] comunes de los Estados miembros y que constituyen «fronteras exteriores» las fronteras terrestres [12] y las fronteras marítimas [13] de los Estados miembros siempre que no sean fronteras interiores. Evidentemente, los términos «Estados miembros» sólo incluyen los Estados miembros de la Unión que participen en el acervo de Schengen, así como los terceros Estados que participen en el mismo. [14]

43. La Directiva 2008/115 sólo se aplica a los Estados que forman parte del espacio Schengen. Según el artículo 21 de la Directiva 2008/115, la misma sustituye las disposiciones de los artículos 23 y 24 del CAAS. Por lo que se refiere, más concretamente, al Reino Unido, el considerando 26 de la Directiva 2008/115 precisa que aquél «no participa en la adopción de la presente Directiva y, por tanto, no está vinculado por la misma en su totalidad ni sujeto a su aplicación».

B. *Código de fronteras Schengen*

44. El Código de fronteras Schengen establece un régimen normativo para el cruce de personas por las fronteras.

45. En el título II del Código de fronteras Schengen se definen las condiciones para el cruce de las fronteras exteriores y los controles dirigidos a comprobar su cumplimiento. [15] Estos controles incluyen las inspecciones en los pasos fronterizos designados por los Estados miembros y, por otra parte, vigilancia entre estos pasos.

46. En cambio, la Directiva 2008/115 se aplica cuando una persona ha entrado ilegalmente en el espacio Schengen y cuando no tiene derecho residencia.

11 — Incluidas las fronteras fluviales y lacustres.

12 — Incluidas las fronteras fluviales y lacustres.

13 — Así como sus aeropuertos, puertos fluviales, puertos marítimos y puertos lacustres.

14 — Véanse los considerandos 21 a 28 del Código de fronteras Schengen.

15 — Artículos 4 a 19 *bis* del Código de fronteras Schengen. Este título se subdivide en cinco capítulos: cruce de las fronteras exteriores y condiciones de entrada (capítulo I), control de las fronteras exteriores y denegación de entrada (capítulo II), personal y medios para el control fronterizo y cooperación entre Estados miembros (capítulo III), normas específicas para las inspecciones fronterizas (capítulo IV) y medidas específicas en caso de graves deficiencias relacionadas con los controles en las fronteras exteriores (capítulo IV *bis*).

47. En la actualidad,[16] el Código de fronteras Schengen sí relaciona expresamente dicho Código y la Directiva 2008/115. En efecto, según el artículo 12, apartado 1, segunda frase, de dicho Código, toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115.

C. *La privación de libertad a la luz de la Directiva 2008/115*

48. Con arreglo al capítulo IV de la Directiva 2008/115, titulado «Internamiento a efectos de expulsión», sólo puede recurrirse al internamiento como *ultima ratio*, únicamente en la medida en que sea estrictamente necesario y en esperas de una expulsión.[17] La razón de ser que subyace en estas disposiciones sobre internamiento es que únicamente los procedimientos de retorno y expulsión justifican una privación de libertad y que, si esos procedimientos no se tramitan con la diligencia debida, el internamiento deja de estar justificado a efectos de dichas disposiciones.[18] El internamiento con el fin de proceder a la expulsión no tiene un carácter punitivo ni un carácter penal y no constituye una pena de prisión.[19] Además, el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115 requiere una interpretación estricta dado que, el internamiento forzoso, en cuanto privación de libertad, constituye una excepción al derecho fundamental de la libertad individual.[20]

49. En cuanto al internamiento o a la privación de libertad, fuera de las situaciones que contempla, la Directiva 2008/115 no contiene ninguna disposición relativa a la posibilidad de que los Estados miembros puedan recurrir al internamiento o a la privación de libertad como sanción penal en relación con una estancia irregular. La razón es, en mi opinión, evidente: si el objetivo de la Directiva 2008/115 es un rápido retorno de los nacionales de un Estado tercero en situación irregular, no procede tal sanción. Cualquier medida de internamiento o pena de prisión no impuesta en el marco de un procedimiento de retorno acabará retrasando dicho procedimiento.

50. En el asunto que dio lugar a la sentencia El Dridi,[21] se solicitó al Tribunal de Justicia que determinara si la Directiva 2008/115 se oponía a una normativa de un Estado miembro, como la normativa italiana controvertida en el procedimiento principal, que preveía la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que había permanecido en el territorio del referido Estado miembro sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado. El Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 15 y 16, se oponían a dicha normativa.[22]

16 — Debe señalarse que algunos meses después de que se produjeran los hechos objeto del litigio principal, se modificó el artículo 12, apartado 1, del Código de fronteras Schengen, precisamente, para aclarar su relación con la Directiva 2008/115. Véase el artículo 1, punto 11, del Reglamento (UE) nº 610/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 562/2006, el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, los Reglamentos del Consejo (CE) nº 1683/95 y (CE) nº 539/2001 y los Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo (CE) nº 767/2008 y (CE) nº 810/2009 (DO L 182, p. 1).

17 — Artículos 15 a 18 de la Directiva 2008/115.

18 — Para más detalles, véanse los puntos 46 a 55 de mi opinión presentada en el asunto Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936).

19 — Véase el punto 47 de mi opinión en el asunto Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Véase también el punto 35 de la opinión del Abogado General Mazák en el asunto El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205); el punto 54 de la opinión del Abogado General Wathelet en el asunto G. y R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553), así como el punto 91 de las conclusiones del Abogado General Bot presentadas en los asuntos Bero y Bouzalmate (C-473/13 y C-514/13, EU:C:2014:295).

20 — Véase el punto 47 de mi toma de posición en el asunto Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Por lo que se refiere al artículo 5, apartado 1, letra f), del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en el mismo sentido (véanse, en particular, las sentencias TEDH Quinn c. Francia, 22 de marzo de 1995, serie A, nº 311, § 42, y TEDH Kaya c. Rumanía nº 33970/05, § 16, 12 de octubre de 2006).

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Sentencia El Dridi (C 61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 62 y fallo.

51. En el asunto que dio lugar a la sentencia Achughbabian,[23] se solicitó nuevamente al Tribunal de Justicia que aclarara si la Directiva 2008/115 se oponía a una norma nacional, como la norma francesa de que se trataba en el procedimiento principal,[24] que preveía la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer Estado con motivo únicamente de la irregularidad de su entrada o de su estancia en el territorio francés. El Tribunal de Justicia volvió a declarar que la Directiva 2008/115 se oponía a tal norma «en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país que, aunque se halle en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro y no esté dispuesto a abandonarlo voluntariamente, no está sujeto a medidas coercitivas como las que contempla el artículo 8 de la citada Directiva, no habiendo expirado, en el supuesto de internamiento con objeto de preparar y ejecutar su expulsión, el plazo máximo de duración de tal internamiento».[25] En el asunto principal, esa era precisamente la situación del Sr. Achughbabian.

52. De acuerdo con el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en estos dos asuntos, la pena de prisión podía perjudicar la realización del objetivo pretendido por la Directiva 2008/115 y podía impedir la aplicación de las medidas previstas en el artículo 8, apartado 1, de esa misma Directiva y demorar la ejecución de la decisión de retorno.[26]

53. No obstante, en la sentencia Achughbabian,[27] el Tribunal de Justicia añadió que la Directiva 2008/115 no se oponía a una normativa nacional de un Estado miembro que establecía sanciones penales para una situación irregular «en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país al que se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en [la] Directiva [2008/115] y que se halle en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno».[28]

54. Posteriormente, en la sentencia Sagor,[29] el Tribunal de Justicia afirmó que la pena de arresto domiciliario, impuesta y ejecutada en el curso de un procedimiento de retorno, «puede retrasar y, de ese modo, obstaculizar las medidas, como la conducción a la frontera y el retorno forzoso por vía aérea, que contribuyen a llevar a cabo la expulsión». En cambio, en lo que concierne a una acción penal que podía conducir a la imposición de una multa, el Tribunal de Justicia señaló que dicha multa no podía obstaculizar el procedimiento de retorno establecido por la Directiva 2008/115.[30] Añadió que «la imposición de una pena pecuniaria no impide de modo alguno que se adopte y se ejecute una decisión de retorno con pleno cumplimiento de los requisitos enunciados en los artículos 6 a 8 de la Directiva 2008/115 y tampoco afecta a las normas comunes en materia de privación de libertad enunciadas en los artículos 15 y 16 de dicha Directiva».[31]

55. Por último, en el asunto que dio lugar a la sentencia Celaj,[32] en el que la República Italiana quería imponer sanciones penales respecto a un nacional de un tercer país en situación irregular al que ya se le habían aplicado las normas y los procedimientos comunes establecidos en la Directiva 2008/115 con la finalidad de poner fin a su primera situación irregular en el territorio de un Estado miembro y que había entrado de nuevo en el territorio de dicho Estado miembro infringiendo una prohibición de entrada, el Tribunal de Justicia estimó que «las circunstancias del asunto principal se distingu[ían]

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — Antiguo artículo 621-1 del Ceseda.

25 — Sentencia Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 50 y primer guion del fallo.

26 — Véanse las sentencias El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 59, y Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 45. Para un análisis de las consecuencias de estos dos asuntos para el legislador nacional en materia penal, véase Mitsilegas, V.: *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, pp. 57 a 76.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — Apartados 48 y 50 y segundo guion del fallo. En mi opinión, aunque este pasaje también forme parte del fallo de la sentencia, presenta claramente un carácter de *obiter dictum*, al no tener ninguna relación con los hechos del asunto de que se trata y hacer referencia a un supuesto hipotético.

29 — C-430/11, EU:C:2012:777, apartado 45.

30 — Apartado 36.

31 — Apartado 36.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

claramente de las controvertidas en los asuntos en los que se dictaron las sentencias El Dridi [(C-61/11 PPU, EU:C:2011:268)] [...] y Achughbabian [(C-329/11, EU:C:2011:807)]» [33] y que la Directiva 2008/115 «no se opon[ía], en principio, a una normativa de un Estado miembro que establece la imposición de una pena de privación de libertad al nacional de un tercer país en situación irregular que, tras haber retornado a su país de origen en el marco de un procedimiento de retorno anterior, entre de nuevo ilegalmente en el territorio de dicho Estado infringiendo una prohibición de entrada». [34]

56. Resumiendo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido dos situaciones en las que la Directiva 2008/115 no se opone a la privación de libertad de un nacional de un tercer país basada en la irregularidad de su situación, a saber, cuando se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en la Directiva 2008/115 y el nacional se halle en una situación irregular en dicho territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno (situación «Achughbabian») y cuando se haya aplicado el procedimiento de retorno y la persona afectada entre de nuevo en el territorio de este Estado miembro infringiendo una prohibición de entrada (situación «Celaj»).

57. El caso de la Sra. Affum no encaja en ninguna de las dos situaciones, dado que no se le ha aplicado ningún procedimiento de retorno (situación «Achughbabian») y no ha tenido lugar ninguna nueva entrada en el territorio francés (situación «Celaj»).

58. No obstante, las autoridades francesas consideran que es posible imponerle una pena de prisión por su entrada irregular en Francia.

D. *La entrada irregular a la luz de la Directiva 2008/115*

1. Normativa francesa

59. A raíz de la sentencia Achughbabian del Tribunal de Justicia [35] y de la sentencia Mallah c. Francia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [36] el Gobierno francés modificó, mediante la Ley nº 2012-1560, [37] las normas sobre expulsión de los extranjeros en situación irregular. Entre otras medidas, modificó su legislación para derogar el delito de estancia ilegal y estableció el procedimiento de retención de los extranjeros para comprobar su derecho de residencia. Sin embargo, las autoridades francesas mantuvieron el delito de entrada irregular en caso de cruce irregular de las fronteras exteriores (artículo L 621-2, 1º, del Ceseda) y en caso de circulación de un nacional de un tercer país que infrinja las condiciones de circulación de los extranjeros establecidas en el CAAS (artículo L. 621-2, 2ºº, del Ceseda).

33 — Sentencia Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640), apartado 28.

34 — Apartado 33 y fallo.

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — Véase TEDH, Mallah c. Francia, nº 29681/08, 10 de noviembre de 2011. En dicho asunto, un ciudadano marroquí, condenado por haber alojado a su yerno, compatriota en situación irregular, había alegado que su condena constituía, a la vista de las circunstancias del caso, una injerencia desproporcionada en el ejercicio de su derecho al respeto de la vida privada y familiar, en el sentido del artículo 8 del CEDH. Sólo por el hecho de que se había dispensado al interesado de la pena, el Tribunal de Estrasburgo consideró que no se habían infringido las disposiciones del artículo 8 del TEDH. En consecuencia, el legislador francés, amplió el ámbito de las exenciones penales contempladas en el artículo L. 622-4 en relación con el delito de ayuda a la entrada y a la estancia irregular. Véase el apartado 2.2 del estudio de impacto de 21 septiembre 2012 del proyecto de ley relativo a la adaptación de las disposiciones legislativas relativas a expulsión de los extranjeros en situación irregular, disponible en http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html.

37 — Ley disponible en Internet: http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

60. En la exposición de motivos del proyecto de Ley, las autoridades francesas estiman que «las normas relativas al cruce de las fronteras exteriores y a la circulación de nacionales de terceros países entre los Estados miembros no están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva [2008/115].» [38]

61. En efecto, según las autoridades francesas, dichas normas «resultan, por lo que se refiere a las fronteras exteriores, del [...] Código de fronteras Schengen [...], que prevé la obligación de los Estados miembros de fijar sanciones disuasorias en caso de infracción comprobada en la frontera, es decir, en caso de denegación de entrada en el territorio, o en caso de detención o interceptación con ocasión de un cruce irregular de la frontera. En cuanto a los incumplimientos de las normas establecidas en el [CAAS], relativas a la circulación entre los Estados miembros, la Directiva [2008/115] prevé expresamente la posibilidad de que los Estados miembros no hagan uso de medidas de expulsión sino que establezcan mecanismos de readmisión entre Estados miembros, a los que la Directiva [2008/115] no es aplicable, como ha recordado el juge des référés du Conseil d'État (juez de medidas provisionales del Consejo de Estado) (CE, 27 de junio de 2011, Ministerio del Interior c/Lassoued, nº 350207)». [39]

62. Las autoridades francesas concluyen de todo ello que «estas hipótesis quedan, efectivamente, fuera del ámbito de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretación en la que la Cour de cassation (Tribunal de Casación) se basó, y que la supresión del régimen sancionador sería contraria a las normas europeas». [40]

2. La situación de la Sra. Affum

63. Las autoridades francesas invocan, con el fin de justificar su normativa, varias disposiciones de la Directiva 2008/115 y del Código de fronteras Schengen, las cuales analizaré a continuación para, después, solicitar al Tribunal de Justicia que confirme la aplicabilidad de la Directiva 2008/115. En efecto, en mi opinión, ninguna de las excepciones o limitaciones establecidas en estos dos instrumentos es pertinente en el caso de autos.

a) Sobre el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115

64. La República Francesa invoca el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115 y sugiere que un supuesto como el del asunto principal queda fuera del ámbito de aplicación de dicha Directiva.

65. En primer lugar, procede recordar que el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115 sólo se aplica a las fronteras exteriores, que la frontera entre Bélgica y Francia es una frontera interior y que la Sra. Affum fue interceptada al salir de Francia en la frontera exterior entre Francia y el Reino Unido.

66. En este contexto, la República Francesa estima que el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115 se aplica al cruce irregular de una frontera exterior de un Estado miembro, tanto en el momento de la entrada como en el momento de la salida del espacio Schengen.

67. En la medida en que el punto de vista de la República Francesa parece pues implicar que la situación de una persona que ha entrado de manera irregular en el territorio de un Estado miembro por una frontera interior, pero que ha sido interceptada únicamente al salir por la frontera exterior del Estado miembro, está cubierta por el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115, no puedo suscribirlo.

38 — Proyecto de Ley sobre la retención para comprobar el derecho de residencia y por la que se modifica el delito de ayuda a la estancia irregular, con el fin de excluir las acciones humanitarias desinteresadas, registrado en la Presidencia del Senado, el 28 de septiembre de 2012, disponible en http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf (p. 6).

39 — *Ibidem*, p. 6.

40 — *Ibidem*, p. 6.

68. En mi opinión, de la redacción de dicha disposición se desprende claramente que sólo se contempla la entrada irregular, dado que, en otro caso, la última parte de la frase («y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro) carecería de sentido. [41]

69. En el presente asunto, la República Francesa no puede ampararse en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115.

b) Sobre el artículo 3, punto 2, de la Directiva 2008/115: el mero tránsito como «situación»

70. El órgano jurisdiccional remitente parece albergar dudas acerca de si la presencia en el territorio de un Estado miembro que forma parte del Espacio Schengen de un nacional de un tercer país en situación de mero tránsito hacia otro Estado miembro que no forma parte de dicho Espacio está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115.

71. Tales dudas carecen de fundamento.

72. En virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2008/115, esta Directiva se aplica a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. En el artículo 3, punto 2, de dicha Directiva se define como «situación irregular» 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».

73. De dichas disposiciones se desprende que un nacional de un tercer país que se encuentra a bordo de un autobús, sin cumplir las condiciones de entrada, está efectivamente presente en el territorio del Estado miembro en cuestión y se encuentra en situación irregular. El hecho de que esté o no en tránsito no es relevante a los efectos de considerar irregular su situación.

c) Sobre el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115

74. En virtud del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115, los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno si otro Estado miembro se hace cargo de la persona afectada en virtud «de acuerdos o convenios bilaterales» vigentes en la fecha de entrada en vigor de la dicha Directiva.

75. Procede señalar, como se desprende, de entrada, de la redacción de dicha disposición, que ésta únicamente consagra la facultad del Estado miembro de abstenerse de tomar una decisión de retorno, pero, a diferencia del artículo 2 de la Directiva 2008/115, no define en modo alguno el ámbito de aplicación de ésta. El artículo 6, apartado 3, de dicha Directiva no puede, como parece sugerir el Gobierno francés, tener el efecto de hacer inaplicables al asunto principal el conjunto de las disposiciones de la Directiva 2008/115. Al contrario, un Estado miembro que invoca el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115 permanece vinculado por las demás disposiciones de dicha Directiva y queda obligado a garantizar plenamente el efecto útil de ésta. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las disposiciones de esta Directiva y, en particular, a la privación de libertad de las personas, sigue siendo aplicable.

41 — Además, si se siguiera la lógica de la República Francesa hasta sus últimas consecuencias, la situación de una persona que hubiera entrado de manera irregular en el territorio de un Estado miembro por una frontera interior *y* hubiese sido interceptada por las autoridades de dicho Estado miembro, no en una frontera exterior sino en otra parte de su territorio, entraría en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, puesto que no habría cruzado ninguna frontera exterior. No me parece coherente tratar de forma diferente a una persona en la situación de la Sra. Affum.

76. El artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115 únicamente dispensa al Estado miembro de que se trata de la obligación de dictar una decisión de retorno, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva. Pues bien, la decisión de devolución dictada en virtud del Convenio constituye una de las medidas previstas por la Directiva, así como una etapa preparatoria para un retorno desde el territorio de los Estados miembros de la Directiva 2008/115.

77. Por lo que respecta a la interpretación del término «bilateral», propongo al Tribunal de Justicia que opte por una interpretación del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115 que incluya un convenio como el del caso de autos. [42] Aunque fue celebrado entre cuatro Estados miembros, este Convenio trata el territorio del Benelux como un territorio único. Por lo tanto, puede asimilarse a un acuerdo bilateral.

78. Además, tal interpretación es, en mi opinión, conforme con el principio establecido en el artículo 350 TFUE, según el cual las disposiciones de los Tratados no obstarán a la existencia y perfeccionamiento de las uniones regionales entre el Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo, así como entre el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, en la medida en que los objetivos de dichas uniones regionales no sean alcanzados mediante la aplicación de los Tratados.

79. Si, a través de esta disposición, el TFUE ya tiene en cuenta la situación específica del Benelux, el Tribunal de Justicia debería hacer lo mismo al interpretar el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115.

d) Sobre el artículo 4, apartado 3, del Código de fronteras Schengen

80. La República Francesa también se ampara en el artículo 4, apartado 3, del Código de fronteras Schengen, en virtud del cual los Estados miembros fijarán sanciones en el caso de cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas.

81. Esta disposición no es aplicable al caso de autos, porque la Sra. Affum en modo alguno intentó cruzar la frontera fuera de los pasos fronterizos o de las horas de apertura establecidas.

82. No veo ninguna razón para, como sugiere la República Francesa, no interpretar esta disposición de manera literal e incluir igualmente en la misma los pasos fronterizos, pues el artículo 4 del Código de fronteras Schengen establece, precisamente, un trato diferenciado entre el cruce de las fronteras por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas (apartado 1) y el cruce de las fronteras fuera de estos pasos y horarios (apartado 2). Dicho de otro modo, no encuentro ningún motivo de orden teleológico que pueda contradecir una interpretación literal y sistemática del artículo 4 del Código de fronteras Schengen.

83. En este contexto, debo recordar que una persona que haya cruzado ilegalmente una frontera sin tener derecho de residencia en el territorio del Estado miembro de que se trate está, por lo tanto, sujeta a la Directiva 2008/115. [43]

42 — Convenio entre los Gobiernos del Reino de los Países Bajos, del Reino de Bélgica y del Gran Ducado de Luxemburgo, de una parte, y el Gobierno de la República Francesa, de otra, relativo al tratamiento de las personas en las fronteras comunes, firmado en París, el 16 de abril de 1964. El texto de este Convenio está disponible en: http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

43 — Véase asimismo el punto 46 de las presentes conclusiones.

84. Por lo tanto, la Directiva 2008/115 es aplicable a la situación de la Sra. Affum. Como ya señalé en el punto 57 de las presentes conclusiones, su caso no está incluido en ninguna de las situaciones en las que el Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva 2008/115 no se oponía a la privación de libertad de un nacional de un tercer país. Por consiguiente, una persona que se encuentre en la situación de la Sra. Affum no puede verse privada de libertad por el único motivo de que su situación en el territorio francés es irregular.

V. **Conclusión**

85. A la luz de las consideraciones que anteceden, sugiero al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Cour de cassation (Tribunal de Casación):

«La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular, sus artículos 6, apartado 3, 15 y 16, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que castiga la entrada irregular de un nacional de un tercer país con la pena de prisión cuando esta persona es interceptada al salir del espacio Schengen en una frontera exterior de dicho Estado miembro en situación de tránsito procedente de otro Estado miembro y ese otro Estado miembro puede hacerse cargo de ella con arreglo a un convenio celebrado con este último antes de la entrada en vigor de la Directiva 2008/115.»