



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
presentadas el 25 de junio de 2014¹

Asunto C-249/13

Khaled Boudjlida
contra
Préfet des Pyrénées-Atlantiques
[Petición de decisión prejudicial

planteada por el tribunal administratif de Pau (Francia)]

«Espacio de libertad, seguridad y justicia — Directiva 2008/115/CE — Retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular — Procedimiento de adopción de una decisión de retorno — Principio del respeto al derechos de defensa — Derecho a ser oído antes de dictarse una resolución que pueda afectar a los intereses de un nacional de un tercer país en situación irregular — Contenido del derecho defensa y del derecho a ser oído — Derecho a poder expresar su punto de vista con un plazo de reflexión suficiente — Derecho a la asistencia letrada — Limitaciones al derecho a ser oído»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial, presentada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 6 de mayo de 2013 por el tribunal administratif de Pau (Francia), se refiere a la naturaleza y al contenido del derecho a ser oído establecido en el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») antes de la adopción de una decisión de retorno, con arreglo a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.²

2. Esta petición ha sido formulada en el marco de un litigio en el que son parte el Sr. Boudjlida y el préfet des Pyrénées-Atlantiques. El Sr. Boudjlida solicita, en particular, la anulación de la orden de 15 de enero de 2013 por la que el préfet des Pyrénées-Atlantiques le denegó el permiso de residencia, le ordenó abandonar el territorio francés en un plazo de 30 días y fijó Argelia, o cualquier otro país que pudiera admitirlo legalmente, si así lo demostraba, como país de destino de su eventual expulsión.

3. En las presentes conclusiones, analizaré las condiciones y los requisitos con arreglo a los cuales un nacional de un tercer país en situación irregular que deba ser objeto de una decisión de retorno debe poder ejercer su derecho a ser oído consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y confirmado por el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta, en particular, tanto la posibilidad de analizar el conjunto de los elementos formulados en su contra en lo relativo a su derecho de residencia, como de expresar su punto de vista tras un tiempo de reflexión y de contar con la asistencia de un abogado de su elección.

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 348, p. 98.

II. La Directiva 2008/115

4. El artículo 3 de la Directiva 2008/115, titulado «Definiciones», enuncia:

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

[...]

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

[...]»

5. El artículo 5 de la Directiva 2008/115, titulado «No devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud», dispone:

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

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

y respetarán el principio de no devolución.»

6. El artículo 6 de dicha Directiva, titulado «Decisión de retorno», dispone:

«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.

[...]

4. 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 periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia.

[...]

6. La presente Directiva no impedirá a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial [...].»

III. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

7. El Sr. Boudjlida, de nacionalidad argelina, llegó a Francia el 26 de septiembre de 2007 y tuvo varios permisos de residencia como estudiante. No solicitó la renovación de su último permiso de residencia, cuya validez expiraba el 31 de octubre de 2012, ni solicitó la concesión de un nuevo permiso.

8. Pese a encontrarse en una situación irregular en territorio francés, el 7 de enero de 2013 solicitó su alta como autónomo ante la Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales [Unión de Recaudación de las Cotizaciones de Seguridad Social y de Prestaciones Familiares (Ursaaf)] para crear una microempresa en el sector de la ingeniería.

9. Debido a su situación irregular, fue convocado el 15 de enero de 2013 por los servicios de la policía de fronteras, acudiendo voluntariamente a la cita. Estos servicios tomaron declaración al Sr. Boudjlida en relación con su situación desde el punto de vista de su derecho de residencia en Francia. La entrevista, de treinta minutos de duración, versó sobre su solicitud de alta como autónomo y sobre las circunstancias de su llegada a Francia, las condiciones de su residencia como estudiante desde esa fecha y sus vínculos familiares en Francia y en Argelia. A la pregunta de si aceptaría abandonar el territorio francés si la prefectura así lo resolviese, respondió afirmativamente.

10. Al término de dicha entrevista, el préfet des Pyrénées-Atlantiques adoptó ese mismo día, el 15 de enero de 2013, una orden de abandono del territorio francés dirigida al Sr. Boudjlida, concediéndole un plazo de treinta días para regresar voluntariamente y fijando, en particular, Argelia, como país de destino.

11. El 18 de febrero de 2013, el Sr. Boudjlida interpuso un recurso de anulación contra dicha orden ante el tribunal administratif de Pau.

12. El Sr. Boudjlida alegó ante el órgano jurisdiccional remitente, en particular, que la orden de 15 de enero de 2013 adolecía de un error de Derecho, pues, habida cuenta de su integración en Francia y de su trayectoria universitaria, así como de la presencia en Francia de dos de sus tíos, profesores universitarios, dicha orden suponía un perjuicio desproporcionado a su vida privada. Alegó, además, que un plazo de treinta días era demasiado breve para que alguien que se encontraba en el territorio desde hacía más de cinco años, y que no había gozado efectivamente del derecho a ser oído debidamente antes de la adopción de la orden por la que se le ordenaba que abandonara el territorio francés.

13. El préfet des Pyrénées-Atlantiques señaló que no se había adoptado ninguna decisión de denegación de la concesión del permiso de residencia al Sr. Boudjlida. Considera que, en efecto, el Sr. Boudjlida obtuvo sin dificultad la renovación de sus permisos de residencia entre el 26 de septiembre de 2007 y el 31 de octubre de 2012 y no solicitó la renovación del último permiso en las condiciones previstas en la legislación francesa, es decir, en los dos meses anteriores a la expiración del anterior permiso. Según el préfet des Pyrénées-Atlantiques, el Sr. Boudjlida se hallaba, en consecuencia, en situación irregular en la fecha de la orden impugnada. Añade que la obligación de abandonar el territorio francés estaba fundada, por cuanto, en el caso de autos, el extranjero se hallaba en situación irregular. Además, a falta de vínculos familiares más estrechos en Francia que en el país de origen, la orden controvertida no supone un menoscabo desproporcionado al derecho del Sr. Boudjlida de dirigir su vida privada y familiar. Más aún, el préfet des Pyrénées-Atlantiques considera que el plazo fijado para ejecutar esta obligación es el plazo de principio y que no se alegó ninguna circunstancia particular que justifique un plazo más largo.

14. El préfet des Pyrénées-Atlantiques defiende la legalidad de su orden, haciendo referencia a una sentencia de la cour administrative d'appel de Lyon según la cual el derecho a ser oído, establecido en el artículo 41 de la Carta, no implica que la Administración esté obligada a organizar, por su propia iniciativa, una entrevista con el interesado o bien a invitarlo a formular sus observaciones, dado que, por lo demás, una vulneración de ese derecho sólo podría afectar a la regularidad del procedimiento si el interesado probara haber quedado así privado de la posibilidad de presentar elementos pertinentes que habrían podido influir en el contenido de la decisión (sentencia de 14 de marzo de 2013, recurso n° 12LY02737).

15. Por otra parte, el préfet señaló que el derecho del Sr. Boudjlida a ser oído había sido respetado, puesto que pudo entrevistarse durante treinta minutos con los servicios de policía tanto en relación con su solicitud de alta como autónomo, las circunstancias de su llegada a Francia y sus condiciones de residencia como estudiante desde tal fecha, como sobre su situación familiar. En dicha entrevista se puso de manifiesto que se encontraba en situación irregular, que no tenía vínculos familiares más estrechos en Francia que en Argelia y que no había ninguna circunstancia particular que justificara un plazo más largo para abandonar voluntariamente el territorio.

16. El órgano jurisdiccional remitente señala que ni la Directiva 2008/115 ni las disposiciones francesas previstas para dar cumplimiento a aquélla han fijado las condiciones en las que un extranjero debe ser oído antes de que se adopte contra él una decisión de retorno, que, por definición, le afecta desfavorablemente. No obstante, considera que de la sentencia M. (C-277/11, EU:C:2012:744) se desprende que, en virtud del derecho reconocido por el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta, aun cuando la Directiva 2008/115 y la normativa francesa que la ejecuta no lo prevén expresamente, la Administración, antes de obligar a un extranjero en situación irregular a abandonar el territorio francés, debe ofrecerle la posibilidad de ser oído.

17. Según ese órgano jurisdiccional, el derecho de defensa y el derecho a ser oído, que constituye el corolario de aquél, entrañan, en el marco más general del principio de contradicción, que a una persona que sea objeto de la medida desfavorable se le ofrezca la posibilidad de analizar el conjunto de los elementos que se le reprochan³ y de expresar su punto de vista,⁴ tras un tiempo de reflexión que sea, al mismo tiempo, suficiente para él y adecuado a la necesidad de que la Administración actúe con eficacia,⁵ en su caso, con la ayuda de un asesor jurídico que pueda intervenir desde la fase de investigación previa.⁶ Considera, no obstante, que, a la vista de la jurisprudencia antes citada, estos diferentes componentes del principio de contradicción y del derecho de defensa dependen de la naturaleza de los objetivos perseguidos por la Administración y de las prerrogativas de las que dispone para alcanzarlos. No considera, por tanto, que sea seguro que todos estos elementos estén vinculados al derecho a ser oído de una forma adecuada y efectiva, tal y como viene establecido en el artículo 41 de la Carta.

18. Considera que también ha de determinarse si el punto de equilibrio entre, por una parte, la necesidad de respetar el artículo 41 de la Carta y, por otra parte, la de aplicar una política de retorno eficaz puede justificar que un nacional de un tercer país en situación irregular sufra una o varias modulaciones o limitaciones en su derecho a que se le ofrezca la posibilidad de analizar qué es lo que se le reprocha en relación con su derecho de residencia, a expresar un punto de vista, de forma oral o escrita, con un plazo de reflexión suficiente y, en su caso, con la ayuda de un asesor jurídico de su elección y, en caso de respuesta afirmativa, si la amplitud de estos ajustes debe depender de la duración y de la naturaleza de los vínculos con el Estado miembro de la Unión Europea en el que se encuentra o de cualquier otro criterio que deba tenerse en cuenta.

19. En ese contexto, el tribunal administratif de Pau resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Cuál es, para un extranjero nacional de un tercer país en situación irregular que debe ser el destinatario de una decisión de retorno, el contenido del derecho a ser oído, definido por el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?

3 — Sentencia *Musique Diffusion française/Comisión* (100/80 a 103/80, EU:C:1983:158), apartados 14 a 23.

4 — Sentencia *Hoechst/Comisión* (46/87 y 227/88, EU:C:1989:337), apartados 52 y 56.

5 — Sentencia *Dokter y otros* (C-28/05, EU:C:2006:408), apartados 73 a 79.

6 — Sentencia *Hoechst/Comisión* (EU:C:1989:337), apartados 14 a 16, relativa al derecho a ser asistido por un abogado que pueda intervenir en la fase de investigación previa a la comunicación de los cargos en el ámbito del Derecho de la competencia.

En particular, ¿comprende este derecho el de que se le permita analizar el conjunto de los elementos formulados contra él en lo que atañe a su derecho de residencia, el derecho a expresar un punto de vista, ya sea de forma oral o escrita, tras un tiempo de reflexión suficiente, y el derecho a recibir la ayuda de un asesor de su elección?

- 2) ¿Es necesario, en su caso, modular o limitar este derecho habida cuenta del objetivo de interés general de la política de retorno expuesto en la Directiva de 16 de diciembre de 2008, antes citada?
- 3) En caso de respuesta afirmativa, ¿qué ajustes deben admitirse y conforme a qué criterios han de determinarse?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

20. El Sr. Boudjlida, el Gobierno francés, el Gobierno neerlandés y la Comisión Europea han formulado observaciones escritas. El Sr. Boudjlida, el Gobierno francés y la Comisión han formulado observaciones orales en la vista celebrada el 8 de mayo de 2014.

V. Análisis

A. Alegaciones de las partes

21. El Sr. Boudjlida considera que no pudo hacer valer sus alegaciones ni discutir los motivos de su devolución en la medida en que la prefectura no adoptó su decisión de retorno en el marco de un procedimiento administrativo contradictorio. Señala que la decisión de retorno «se convierte en automática en cuanto la prefectura comprueba la situación irregular y [que] no existe ninguna posibilidad real de defensa efectiva antes de la adopción de la decisión, vista la inmediatez de la orden de abandono del territorio, de modo que, en la práctica, sólo es posible su impugnación *a posteriori* mediante un recurso ante el tribunal administratif».

22. El Sr. Boudjlida señala que los servicios del préfet, que son los únicos competentes en la materia, no han oído sus alegaciones ni en relación con la renovación de su derecho de residencia, ni en relación con la decisión de retorno. Considera que en la entrevista con la policía no pudo solicitar que se le concediera un permiso de residencia, ni tampoco formular ante ella alegaciones contra una decisión de retorno, puesto que ignoraba totalmente la decisión que dicha autoridad administrativa iba a tomar. El Sr. Boudjlida no podía en absoluto imaginar que fuera a adoptarse ese mismo día una decisión de retorno sin que pudiera formular alegaciones en relación con los motivos de la misma. Al no habersele dado trámite de audiencia en relación con el contenido de la decisión de retorno preparada, no pudo defenderse frente a la misma. Según el Sr. Boudjlida, durante la entrevista con la policía explicó que estaba esperando la respuesta a su solicitud de concesión de nacionalidad. Confirma que, cuando se le preguntó si estaría dispuesto a abandonar el territorio, si así lo decidiera la prefectura, contestó que estaba dispuesto a abandonar el territorio si era necesario. Considera que nada hay en esa entrevista que indique que se le concediera la oportunidad de formular sus alegaciones y de ser oído antes de que, ese mismo día, se adoptara la decisión de retorno.

23. El Sr. Boudjlida señala que, de haber sido informado de que se iba adoptar una decisión de retorno contra él, hubiera podido alegar ante la prefectura los argumentos idóneos para modificar esta decisión. Añade que, si se le hubiera dado la oportunidad, antes de la adopción de la decisión de retorno, hubiera podido alegar un menoscabo desproporcionado de su derecho al respeto a su vida privada y la infracción de lo dispuesto en el artículo L.313-11 7º del code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile [Código de entrada y residencia de los extranjeros y del derecho de asilo («Ceseda»)], vista su perfecta integración en Francia.

24. El Sr. Boudjlida también señala que «como puede verse, una única entrevista de treinta minutos con la policía no se ajusta en absoluto al contenido del derecho a ser oído por la Administración durante el procedimiento administrativo, establecido por» el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia. Por lo tanto, la decisión de retorno se adoptó tras una entrevista con la policía sin asistencia letrada e infringiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

25. Según el Sr. Boudjlida, el derecho a una buena administración, establecido, entre otros, en el artículo 41, apartado 2, de la Carta implica, a la hora de aplicar la Directiva 2008/115, el derecho de toda persona a ser oída previamente a que se adopte contra ella una medida individual que pudiera serle desfavorable. Considera que el derecho a ser oído ha de definirse como el derecho de toda persona a dar a conocer, de manera útil y efectiva, por escrito o verbalmente, sus alegaciones durante un procedimiento administrativo, antes de que se dicte contra ella una resolución que pueda afectarla negativamente. El Sr. Boudjlida añade que el contenido del derecho a ser oído implica que se ofrezca a la persona objeto de una medida desfavorable la posibilidad de analizar el conjunto de los elementos que se le reprochan y que pueda expresar su punto de vista tras un tiempo de reflexión apropiado y con la ayuda de un asesor que pueda intervenir desde la fase de investigación previa a la notificación del pliego de cargos.

26. El Gobierno francés considera que del propio tenor literal del artículo 41 de la Carta se desprende que éste va dirigido, no a los Estados miembros, sino únicamente a las instituciones, a los órganos y a los organismos de la Unión.⁷ Añade, sin embargo, que, con arreglo a una reiterada jurisprudencia, el derecho a ser oído constituye un principio general del Derecho de la Unión que se deriva no sólo del derecho a una buena administración, establecido en el artículo 41 de la Carta, sino también del respeto de los derechos de defensa y del derecho a un juicio justo, establecidos en los artículos 47 y 48 de la Carta. Según ese mismo Gobierno, el respeto del derecho a ser oído se exige no sólo a las instituciones de la Unión, en virtud del artículo 41 de la Carta, sino también, al constituir un principio general del Derecho de la Unión, a las administraciones de los Estados miembros cuando adopten decisiones que entran en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, aun cuando la legislación aplicable no establezca expresamente tal formalidad.⁸

27. El Gobierno francés señala que la Directiva 2008/115 sólo versa sobre el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran en situación irregular en un Estado miembro y, por tanto, no tiene por objeto armonizar totalmente las normas nacionales en materia de residencia de extranjeros.⁹ Así, según dicho Gobierno, el procedimiento para comprobar si la estancia del nacional de un tercer país es o no regular, y los requisitos y condiciones en los que, en su caso, se da audiencia a dicho nacional en el marco de dicho procedimiento se rigen por el Derecho nacional de los Estados miembros. Sin embargo, una vez comprobado el carácter irregular de la estancia, la adopción de una decisión de retorno constituye una obligación para los Estados miembros, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, a excepción de los supuestos específicos contemplados en los apartados 2 a 5 de dicho artículo. Dado que la decisión de retorno resulta necesariamente de la decisión que declara la irregularidad de la estancia de la persona afectada, el Gobierno francés estima que ésta no debe ser oída nuevamente antes de dictarse una decisión de retorno cuando, en virtud del Derecho del Estado miembro de que se trate, ya lo ha sido al tramitarse el procedimiento sobre su derecho de residencia. En cambio, considera que si el Derecho de un Estado miembro no prevé que se dé audiencia a la persona afectada, al tramitarse su solicitud de permiso de residencia, debe darse a ésta la posibilidad de formular alegaciones antes de que se adopte contra ella una decisión de retorno.

7 — Sentencia Cicala (C-482/10, EU:C:2011:868), apartado 28.

8 — Sentencia M. (EU:C:2012:744), apartados 82 a 86.

9 — Sentencia Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 28.

28. El Gobierno francés añade que, como ocurre en el procedimiento principal, la adopción de una decisión de retorno puede realizarse tras una diligencia de control por parte de los servicios de policía a un nacional de un tercer país que no tenga permiso de residencia en vigor. En tal supuesto, antes de dictar la decisión de retorno, la Administración debería examinar la situación personal de la persona afectada y darle la posibilidad de formular sus alegaciones en relación con un posible derecho de residencia. Sin embargo, la persona afectada debería ser oída en condiciones que no perjudiquen la eficacia del procedimiento de retorno, y en las que se tengan en cuenta, a la vez, la urgencia con la que debe actuar la Administración y el riesgo de fuga. Este trámite podría tener lugar cuando, como ocurre en el procedimiento principal, la persona se presenta voluntariamente en las dependencias de los servicios policiales para ser oída acerca de su situación. En otros casos, puede llegar a ser necesario privar de su libertad temporalmente a la persona afectada para verificar su situación.

29. Según el Gobierno francés, aunque, tanto en el procedimiento de detención, como en el de retención para comprobar el derecho de residencia, el Derecho francés establece la posibilidad de ser asistido por un abogado, esta exigencia se deriva únicamente del hecho de que, en ambos casos, la persona afectada se encuentra en situación de privación de libertad. En cambio, el derecho a un abogado de su elección en el marco del procedimiento administrativo que precede a la adopción de una decisión de retorno puede considerarse parte integrante del derecho a ser oído. Este mismo Gobierno estima que, si bien es cierto que el artículo 47, apartado 3, de la Carta prevé la asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia, de los propios términos de dicha disposición se desprende que la misma únicamente es aplicable a los procedimientos ante los tribunales.

30. El Gobierno francés propone, con carácter subsidiario, contestar a las preguntas segunda y tercera que la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que el contenido del derecho a ser oído puede limitarse para tener en cuenta el objetivo de dicha Directiva, que consiste en garantizar la efectividad del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Según dicho Gobierno, estas limitaciones deberán estar previstas por la ley, ser necesarias y proporcionadas, y respetar el contenido esencial de dicho derecho.

31. El Gobierno neerlandés estima que los extranjeros en la situación del Sr. Boudjlida no pueden extraer ningún derecho del artículo 41 de la Carta en sus relaciones con un Estado miembro. Según dicho Gobierno, del tenor del artículo 41 de la Carta se desprende que esta disposición garantiza el derecho a una buena administración por parte de las instituciones, de los órganos y de los organismos de la Unión. Por lo tanto, esta disposición no se refiere, según él, a los Estados miembros.¹⁰ Sin embargo, el Gobierno neerlandés considera que el fundamento del artículo 41 de la Carta constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión y que, cuando la Administración nacional se propone adoptar un acto lesivo para una persona, el respeto del derecho de defensa resulta de aplicación.¹¹

32. Según el Gobierno neerlandés, el derecho de defensa implica, entre otros, el derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión que pueda resultar lesiva. El contenido de este derecho depende del contexto concreto de un asunto y del marco jurídico aplicable. Subraya que las diligencias de comprobación de documentación dirigidas sobre los extranjeros en situación irregular siempre corresponden a los servicios de policía y/o de inmigración. Considera que es importante para dichas autoridades, a la vista de los objetivos de la Directiva 2008/115, poder aclarar rápidamente si la situación de un extranjero es o no regular y, tratándose de una residencia ilegal, que se ponga término

10 — Sentencia Cicala (EU:C:2011:868), apartado 28.

11 — Sentencias Comisión/Lisrestal y otros (C-32/95 P, EU:C:1996:402), apartado 30, y Sopropé (C-349/07, EU:C:2008:746), apartado 26.

a la misma lo más rápidamente posible. La preparación de una decisión a estos efectos no tiene que ser objeto automáticamente de un procedimiento escrito pormenorizado. Es evidente que la propia decisión de retorno debe dictarse por escrito, con arreglo al artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2008/115.

33. El Gobierno neerlandés señala que una decisión de retorno constituye la etapa inicial del procedimiento de retorno.¹² Aclara que en la decisión de retorno se establece que un nacional de un tercer país está en situación irregular y se le impone la obligación de retorno. En cuanto a la constatación del carácter irregular de la estancia de un nacional de un tercer país, el Gobierno neerlandés señala que los efectos jurídicos de la misma no son (particularmente) gravosos para el extranjero afectado, por cuanto la ilegalidad de la residencia del interesado resulta de su previa carencia de un permiso de residencia válido y no de la decisión de retorno.

34. Según el Gobierno neerlandés, las autoridades competentes de un Estado miembro deben, con arreglo a la sentencia M. (EU:C:2012:744), dar al extranjero, en el marco de un procedimiento relativo al carácter regular o irregular de su situación en dicho Estado, la posibilidad de expresar de manera adecuada y efectiva su punto de vista y prestar toda la atención necesaria a las observaciones que exponga sobre el particular. Estima que, aunque las autoridades afectadas deban establecer si un extranjero es o no titular de un permiso de residencia válido, no están obligadas a tener en cuenta todos los derechos de residencia que, en potencia, podría reclamar.

35. El Gobierno neerlandés señala que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115 obliga a adoptar una decisión de retorno contra un extranjero en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. En cuanto al procedimiento principal, el Gobierno neerlandés señala que el Sr. Boudjlida se encuentra en situación irregular en Francia, al no haber solicitado la renovación de su permiso de residencia. Los datos contenidos en la resolución de remisión acreditan que, en el momento en que se adoptó la decisión de retorno, no tenía permiso de residencia. En este contexto, el Gobierno neerlandés considera que, en ese caso específico, no se ha conculcado el derecho de defensa. A la vista del carácter específico de la decisión de retorno, basta con que el extranjero disponga de un tiempo limitado para reaccionar y, según el Gobierno neerlandés, no hay ninguna razón para suponer que el tiempo de reflexión haya sido excesivamente breve en el caso de autos. Añade que, contra una decisión de retorno, siempre cabe un recurso. El Gobierno neerlandés añade que el derecho a ser oído al adoptarse una decisión de retorno no incluye el derecho a disfrutar de la asistencia jurídica gratuita.

36. La Comisión señala que el derecho a ser oído durante todo el procedimiento está consagrado en el artículo 41 de la Carta. Según ella, aunque dicho artículo de la Carta precise que sólo se aplica a las instituciones y a los órganos de la Unión, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia M. (EU:C:2012:744) que «hay que señalar que, como resulta de su propio tenor literal, este precepto es de aplicación general».¹³ Considera que, cuando adoptan decisiones de retorno, los Estados miembros aplican el Derecho de la Unión y están, en consecuencia, vinculados con las obligaciones derivadas de la Carta¹⁴

37. La Comisión considera que, al estar los Estados miembros obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, a dictar una decisión de retorno contra cualquier extranjero en situación irregular, la principal finalidad de su derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión de retorno es la de formular sus alegaciones en relación con la forma en que tendrá lugar el retorno o

12 — Sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartados 35 y 36.

13 — Apartado 84.

14 — Sentencia Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105), apartado 21.

sobre si son aplicables las excepciones previstas en el artículo 6, apartados 2 a 5, de la Directiva 2008/115. Con carácter previo, el extranjero podrá formular alegaciones en relación con el carácter regular o irregular de su situación para establecer si está o no incluido en el ámbito de aplicación del procedimiento de retorno.

38. Según la Comisión, dado que la Directiva 2008/115 no establece prácticamente ninguna norma en relación con la adopción de la decisión de retorno, no es posible concluir que el derecho a ser oído obligue a instaurar un procedimiento contradictorio como aquellos establecidos para la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. Recuerda que la finalidad de esa Directiva es instaurar un procedimiento eficaz que garantice el retorno, lo más rápido posible, a sus países de origen de los nacionales de terceros países en situación irregular. En materia de retorno, el juez nacional debe encontrar un justo equilibrio entre la necesidad de aplicar una «política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada»,¹⁵ y el deber de los Estados miembros de «asegur[arse] de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente». ¹⁶ Entiende que el contenido del derecho a ser oído puede limitarse en determinadas circunstancias, cuando pueda poner en riesgo un interés público superior.¹⁷

39. La Comisión considera, por analogía con la posición adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia M. (EU:C:2012:744, apartado 95), que el derecho a expresar su punto de vista, por escrito o verbalmente, antes de la adopción de una decisión de retorno no significa, por lo tanto, que la autoridad nacional deba informar al destinatario de la decisión que se propone adoptar, ni comunicarle las consideraciones en las que tiene previsto basarse, ni concederle un plazo de reflexión antes de adoptar esta decisión. Añade que el extranjero tendrá ocasión de oponerse a la apreciación de la Administración en el marco de un recurso contencioso administrativo

40. Según la Comisión, el derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión de retorno debe permitir a la Administración una instrucción del expediente que haga posible adoptar con pleno conocimiento de causa la decisión y motivarla, de manera que se permita, en su caso, al interesado ejercer válidamente su derecho a recurrir. En cuanto a la cuestión de si el derecho a ser oído abarca el de beneficiarse de la asistencia de un asesor de su elección, la Comisión subraya que el artículo 13, apartado 3, de la Directiva 2008/115 sólo establece la obligación de los Estados miembros de conceder asistencia jurídica a los extranjeros en situación irregular desde el momento en que se proponen utilizar su derecho efectivo a interponer un recurso, en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la citada Directiva, a saber «ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia».

41. Señala, además, que de la resolución de remisión se desprende que el Sr. Boudjlida se encuentra en una situación irregular de la que se ha derivado la adopción de una decisión de retorno y que, antes de la adopción de dicha decisión, pudo expresar de viva voz sus observaciones acerca del carácter regular o irregular de su estancia, sus vínculos familiares en Francia, su trayectoria académica y su integración en el país, así como sobre una posible expulsión. A la vista de estos principios, la Comisión considera que, aparentemente, se ha respetado el derecho a ser oído. No obstante, según la Comisión incumbe al juez nacional valorar si la duración de la entrevista fue suficiente para que el Sr. Boudjlida pudiera formular alegaciones sobre el conjunto de los temas abordados, de manera que la autoridad competente dispusiera de toda la información necesaria antes de ordenarle que abandonara el territorio con arreglo a las instrucciones establecidas al efecto en la decisión de retorno.

15 — Cuarto considerando de la Directiva 2008/115.

16 — Sexto considerando de la Directiva 2008/115.

17 — Conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto M. (C-277/11, EU:C:2012:253), punto 41.

B. *Apreciación*

1. Observaciones preliminares

42. El ámbito de aplicación de la Carta en lo relativo a la actuación de los Estados miembros está definido en su artículo 51, apartado 1, a tenor del cual las disposiciones de la Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando *apliquen* el Derecho de la Unión.

43. Como ha señalado el Tribunal de Justicia, el artículo 51 «de la Carta confirma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la medida en la que la acción de los Estados miembros debe ser acorde con las exigencias derivadas de los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión».¹⁸

44. En efecto, añade el Tribunal de Justicia, en el apartado 19 de la sentencia Åkerberg Fransson (EU:C:2013:105) y en el apartado 33 de la sentencia Pfleger y otros (EU:C:2014:281), «conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en esencia, los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas. El Tribunal de Justicia ya ha indicado que, por este motivo, no puede apreciar a la luz de la Carta una normativa nacional que no se inscriba en el marco del Derecho de la Unión. Por el contrario, cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe proporcionar, en el marco de una remisión prejudicial, todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo cumplimiento debe garantizar».

45. El Tribunal de Justicia declara asimismo en el apartado 21 de la sentencia Åkerberg Fransson (EU:C:2013:105) y en el apartado 34 de la sentencia Pfleger y otros (EU:C:2014:281) que, «puesto que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta.»

46. Es cierto que, a pesar de que el artículo 51 de la Carta, incluido bajo el título de «Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta», define el ámbito de aplicación de ésta tanto con respecto a la Unión como con respecto a los Estados miembros, su artículo 41 sólo proclama el derecho a ser oído con respecto a las «instituciones, órganos y organismos de la Unión»,¹⁹ como puso de relieve el Tribunal de Justicia en su sentencia Cicala (EU:C:2011:868, apartado 28), citada por el Gobierno francés en sus observaciones escritas,²⁰ sin que el Tribunal de Justicia, pese a ello, utilizara este argumento como determinante en la solución que adoptó en esa misma sentencia.

47. No considero coherente ni conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia²¹ que la redacción del artículo 41 de la Carta pueda introducir de este modo una excepción a lo prescrito por su artículo 51 que permita, de este modo, a los Estados miembros dejar sin aplicar un artículo de la Carta, incluso cuando ponen en práctica el Derecho de la Unión. Además, soy claramente partidario

18 — Sentencias Åkerberg Fransson (EU:C:2013:105), apartado 18, y Pfleger y otros (C-390/12, EU:C:2014:281), apartado 32.

19 — El alcance que actualmente tiene el artículo 41 de la Carta fue objeto de debate en el seno del Praesidium de la Convención que elaboró la Carta. Se propusieron enmiendas para, por una parte, extender, y, por otra, clarificar su ámbito de aplicación, que no fueron aceptadas. Véase el Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Síntesis de las enmiendas presentada por el Praesidium (Carta 4284/00 CONVENT 37).

20 — Véase el punto 26 de las presentes conclusiones.

21 — Véase la sentencia N. (C-604/12, EU:C:2014:302), apartados 49 y 50.

de que el artículo 41 de la Carta sea aplicable a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión aunque, de todos modos, como señala el Gobierno francés, el derecho a ser oído constituye, con arreglo a una jurisprudencia constante, un principio general del Derecho de la Unión que «se deriva no sólo del derecho a una buena administración, establecido en el artículo 41 de la Carta, sino también del respeto de los derechos de defensa y del derecho a un juicio justo, establecidos en los artículos 47 y 48 de la Carta». ²² El respeto de este derecho a ser oído se exige, en este concepto, al menos a las autoridades «de los Estados miembros cuando adopten decisiones que entran en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión». ²³

48. Como señalé en el punto 49 de mi postura a este respecto en el asunto G. y R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553, apartado 49), «estando reconocida desde hace largo tiempo por la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia la obligación de las autoridades nacionales de respetar el derecho a ser oído antes de adoptar una decisión que pueda afectar de forma desfavorable a los intereses de una persona, el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta confirma esa obligación y le da rango de valor constitucional».

49. En este caso, la adopción de una decisión de retorno por parte de un Estado miembro se hace en aplicación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115 y, por lo tanto, del Derecho de la Unión, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del artículo 51, apartado 1, de la Carta. De ello se infiere que, en una situación como ésta, que se rige por el Derecho de la Unión, los Estados miembros deben aplicar los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico de la Unión, entre ellos, el derecho a ser oído, cuando la autoridad nacional se propone adoptar una decisión lesiva para una persona. ²⁴

50. La decisión de retorno, en el sentido de la definición contenida en el artículo 3, punto 4, y a la que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, constituye una resolución lesiva para su destinatario. Por medio de esta decisión, un Estado miembro declara irregular la situación de un nacional de un tercer país y le impone una obligación de retorno, o la enuncia. ²⁵

51. El sexto considerando de la Directiva 2008/115 precisa que los Estados miembros deben garantizar un procedimiento justo y transparente para las decisiones de retorno.

52. Sin embargo, la Directiva 2008/115 no prevé ningún trámite específico para dar audiencia al nacional de un tercer país antes de la adopción de una decisión de retorno. ²⁶ Las garantías procedimentales establecidas en el capítulo III de la Directiva 2008/115 se refieren únicamente a la forma que debe adoptar la decisión de retorno (artículo 12), ²⁷ las vías de recurso (artículo 13) y las garantías a la espera del retorno (artículo 14).

22 — Véanse las observaciones del Gobierno francés en el punto 26 de las presentes conclusiones.

23 — Ídem.

24 — Sentencia Sopropé (EU:C:2008:746), apartado 36.

25 — Véanse el artículo 3, punto 4, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115.

26 — No deja de ser sorprendente que la Directiva 2008/115 no prevea una tramitación específica a este respecto, teniendo en cuenta las importantes repercusiones que puede tener una decisión de retorno en la vida de un ser humano, mientras que, en materia de derechos de aduanas y de Derecho de la competencia, sí se ha establecido un procedimiento para garantizar el derecho a ser oído. Véanse, en relación con los derechos de aduana, el artículo 22, apartado 6, del Reglamento (UE) n° 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión (DO L 269 p. 1, y corrección de errores DO L 287, p. 90), y mis conclusiones presentadas en el asunto Kamino International Logistics y Datema Hellman Worldwide Logistics (C-129/13 y C-130/13, EU:C:2014:94), puntos 51 a 57. En relación con el Derecho de la competencia, el artículo 27, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 2003, L 1, p. 1), dispone que, «antes de adoptar las decisiones previstas en los artículos 7, 8, 23 y en el apartado 2 del artículo 24, la Comisión ofrecerá a las empresas o asociaciones de empresas sometidas al procedimiento instruido por la Comisión *la oportunidad de manifestar su opinión con respecto a los cargos que les sean imputados por la Comisión. La Comisión únicamente basará sus decisiones en los cargos en relación con los cuales las partes interesadas hayan podido presentar sus observaciones. Los denunciantes participarán estrechamente en el procedimiento*». El subrayado es mío.

27 — El artículo 12, apartado 1, primer párrafo, de la Directiva 2008/115 establece que «las decisiones de retorno [...] 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».

53. En estas circunstancias, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el respeto de dicho derecho se impone incluso cuando la normativa aplicable no establezca expresamente tal formalidad.²⁸

54. De ello se deduce que la regulación de las condiciones conforme a las que debe garantizarse el respeto del derecho de defensa de los nacionales de terceros países en situación irregular y las consecuencias de la vulneración de ese derecho corresponden al Derecho nacional, siempre que las reglas adoptadas en ese sentido no sean más desfavorables que las que protegen a los particulares en situaciones de Derecho nacional comparables (principio de equivalencia) y no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).²⁹

55. Pues bien, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia M. (EU:C:2012:744, apartado 87 y jurisprudencia citada) «el derecho a ser oído garantiza a cualquier persona la posibilidad de expresar de manera adecuada y efectiva su punto de vista durante el procedimiento administrativo y antes de que se adopte cualquier decisión que pueda afectar desfavorablemente a sus intereses». El Tribunal de Justicia añade, en esa misma sentencia que «dicho derecho exige igualmente que la Administración preste toda la atención necesaria a las observaciones formuladas de este modo por el interesado, examinando minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trate y motivando su decisión detalladamente».³⁰

56. En consecuencia, la autonomía procedimental de los Estados miembros, resultado de la ausencia de un procedimiento específico en la Directiva 2008/115, no puede tener como consecuencia privar al nacional de un tercer país de su derecho a que la autoridad nacional oiga sus alegaciones antes de adoptar contra él una decisión de retorno.

57. El artículo 52, apartado 1, de la Carta admite limitaciones al ejercicio de los derechos consagrados en la misma, siempre que la limitación de que se trate esté prevista por la ley, respete el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión y que, con observancia del principio de proporcionalidad, sea necesaria y responda efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión.³¹ De ello se infiere que el respeto del derecho de defensa no constituye una prerrogativa absoluta, sino que puede ser objeto de restricciones, en determinadas circunstancias.³²

58. Antes de examinar más concretamente la aplicación de estos principios a las circunstancias del asunto principal, considero útil recordar que el objetivo del derecho a ser oído, consagrado en el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta, es, por un parte, permitir la instrucción del expediente y establecer los hechos con la mayor precisión y concreción posibles, y, por otra parte, garantizar la protección efectiva del interesado.³³ Esta disposición pretende, en particular, garantizar que cualquier decisión que afecte de manera desfavorable a una persona sea adoptada con pleno conocimiento de causa.

28 — Véase la sentencia M. (EU:C:2012:744), apartado 86.

29 — Véase la sentencia G. y R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:533), apartado 35. La obligación de los Estados miembros de respetar el principio de efectividad se ve confirmada por el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, según el cual, aquéllos «establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».

30 — Sentencia M. (EU:C:2012:744), apartado 88 y jurisprudencia citada.

31 — Véanse, en este sentido, las sentencias Comisión y otros/Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, EU:C:2013:518), apartado 101, y Schwarz (C-291/12, EU:C:2013:670), apartado 34.

32 — Véase la sentencia Dokter y otros (C-28/05, EU:C:2006:408), apartado 75. Véase, también, la sentencia G. y R. (EU:C:2013:533), apartado 36, en la que el Tribunal de Justicia declaró que, si bien los Estados miembros están facultados para permitir el ejercicio del derecho de defensa de los nacionales de terceros países en situación irregular según las mismas modalidades que se aplican a las situaciones internas, esas modalidades tienen que ajustarse al Derecho de la Unión, y en especial no deben perjudicar el efecto útil de la Directiva 2008/115.

33 — Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto M. (C-277/11, EU:C:2012:253), puntos 35 y 36.

2. Sobre la primera cuestión prejudicial

59. La presente cuestión prejudicial se refiere a los elementos que debe abarcar el derecho a ser oído, de acuerdo con lo prescrito por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y lo establecido en el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta, a la hora de adoptar una decisión de retorno y, más concretamente, a si la audiencia al Sr. Boudjlida por parte de los servicios de policía de fronteras, el 15 de enero de 2013, fue o no conforme con estos requisitos.

a) Consideraciones generales

60. La audiencia al interesado no sólo va dirigida a garantizar que una decisión lesiva sea adoptada con pleno conocimiento de causa,³⁴ sino que también debe permitir a la Administración cumplir con su deber de dar una motivación adecuada a sus decisiones.³⁵ Una motivación adecuada permite, por una parte, al interesado conocer los motivos que justifican la decisión de retorno adoptada, con el fin de poder defender sus derechos si recurre dicha decisión, y, por otra parte, a la autoridad u órgano mencionado en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2008/115 ejercer su control de legalidad de la decisión.

61. Dicho esto, el derecho de toda persona a ser oída antes de que se adopte contra ella una medida individual que pudiera serle desfavorable debe distinguirse de la cuestión de la proporcionalidad o legalidad de tal medida, dado que el derecho a ser oído no implica el derecho a obtener una resolución favorable. En efecto, la comprobación de si se ha respetado el derecho a ser oído no afecta a la fundamentación de la decisión de retorno. Se trata de dos motivos diferentes que pueden invocarse en el marco de un recurso, como así lo contempla el artículo 13 de la Directiva 2008/115.³⁶

62. Además, la regulación del derecho a ser oído en el marco de la adopción de una decisión de retorno no puede descontextualizarse del objetivo de la Directiva 2008/115, que pretende «fijar normas claras, transparentes y justas *para establecer una política efectiva de retorno* como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada».³⁷

63. Sobre este punto, es importante recordar que, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud del artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva y sin perjuicio de las excepciones que establece su artículo 6, apartados 2 a 5, adoptar una decisión de retorno.³⁸

64. A la vista de esta obligación de los Estados miembros, considero, al igual que la Comisión, que la finalidad del derecho a ser oído antes de adoptarse una decisión de retorno es dar audiencia al interesado para que formule alegaciones acerca de la legalidad de su estancia, la posible aplicación de las excepciones previstas en el artículo 6, apartados 2 a 5, de la citada Directiva y la forma en que tendrá lugar su retorno. Además, considero que, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 2008/115, titulado «No devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud», los Estados miembros, al aplicar dicha Directiva, deben, por una parte, tener debidamente en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate y,

34 — Véase el punto 58 de las presentes conclusiones.

35 — Véase el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2008/115 y el artículo 41, apartado 2, letra c), de la Carta.

36 — Véase, por analogía, la sentencia Solvay/Comisión (C-455/11 P, EU:C:2013:796), apartado 89 y la jurisprudencia citada.

37 — Cuarto considerando de la Directiva 2008/115 (el subrayado es mío).

38 — Véanse, en este sentido, las sentencias El Dridi (EU:C:2011:268) apartado 35, y Achughbaban (EU:C:2011:807), apartado 31. En efecto, la Directiva 2008/115 sólo versa sobre el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran en situación irregular y, por lo tanto, no tiene por objeto armonizar totalmente las normas de los Estados miembros en materia de residencia de extranjeros. Sentencias Achughbaban (EU:C:2011:807), apartado 28, y Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), apartado 31.

por otra, respetar el principio de no devolución. De ello se infiere que cuando la autoridad nacional competente tenga intención de adoptar una decisión de retorno, esta autoridad deberá imperativamente cumplir las obligaciones impuestas por el artículo 5 de la Directiva 2008/115 y oír al interesado sobre estos extremos.

65. Por lo demás, corresponde al interesado cooperar con la autoridad nacional competente al hacer su declaración, para proporcionarle toda la información pertinente acerca de su situación personal y familiar y, en particular, los datos que desaconsejen o impidan la adopción de una decisión de retorno, debiéndose entender que, en esa fase, ya no se plantea si la estancia del interesado es o no regular, si este último ni siquiera ha iniciado los trámites necesarios para que se le conceda el derecho de residencia en el Estado de que se trate.

b) Formas en que puede darse cumplimiento al derecho a ser oído

66. El órgano jurisdiccional remitente alude, en particular, en sus cuestiones y en su resolución de remisión, a la posibilidad para el extranjero de analizar el conjunto de los elementos que se le reprochan, lo cual supone que la Administración nacional se los comunique con anticipación y le conceda un plazo de reflexión suficiente antes de ser interrogado (1), al derecho del extranjero a recibir la ayuda de un asesor de su elección (2) y a la duración de dicha audiencia (3). También alude al plazo de treinta días concedido al Sr. Boudjlida para abandonar Francia (4).

i) Comunicación previa de los motivos de la Administración y tiempo de reflexión

67. Al no existir disposiciones de Derecho de la Unión que prevean un trámite específico que garantice a los nacionales de terceros países en situación irregular el derecho a ser oídos antes de la adopción de una decisión de retorno,³⁹ considero que el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta no puede interpretarse en el sentido de que la autoridad nacional competente está obligada, previamente a la adopción de una decisión de retorno, a comunicar los elementos en los que pretende basar esta decisión y recabar al respecto las observaciones del interesado después de un tiempo de reflexión.⁴⁰

68. La Directiva 2008/115 no establece ningún procedimiento contradictorio de esta naturaleza.

69. No obstante, cabe admitir una excepción a lo que acaba de exponerse cuando el nacional del tercer país no puede razonablemente presentir cuáles son los elementos que podrían formularse en su contra ni contestar razonablemente a los mismos, sino después de realizar algunas comprobaciones o gestiones dirigidos, en particular, a obtener documentos justificativos.

70. En el caso de autos, del acta de la declaración ante los servicios de policía de fronteras se desprende que, el día 15 de enero de 2013, el Sr. Boudjlida fue convocado a presentarse en las dependencias policiales, bien ese mismo 15 de enero de 2013, bien a lo largo de la mañana del 16, para «examinar su derecho de residencia». Decidió, por su propia voluntad, presentarse el 15 de enero de 2013. De ello se colige que decidió asimismo no hacer uso del tiempo de reflexión de un día que le ofreció la policía, ni, por otra parte, recurrir a un asesor jurídico.

71. De la misma acta de declaración del Sr. Boudjlida se desprende que sabía que su «permiso de residencia había caducado» y que no podía ignorar que su estancia en Francia era irregular, al no haber solicitado la renovación de su permiso de residencia, caducado el 31 de octubre de 2012. Además, la policía le informó explícitamente de que podría dictarse contra él una decisión de retorno y le interrogó acerca de si estaría dispuesto a abandonar el territorio caso de adoptarse contra él una

39 — Véase el punto 52 de las presentes conclusiones.

40 — Véase, por analogía, la sentencia M. (EU:C:2012:744), apartados 60 y 61.

decisión en ese sentido. El Sr. Boudjlida contestó a esta pregunta que «evidentemente», añadiendo que «[aceptaba] esperar en [las] dependencias, en recepción, la respuesta de la préfecture de Pau que puede requerir[l]e a abandonar el territorio, o hacer[l]e ingresar en un centro de internamiento, o bien requerir[l]e a que regularice [su] situación».

72. Por consiguiente, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente compruebe tal extremo, el Sr. Boudjlida fue informado del motivo del interrogatorio en cuestión y conocía el objeto del interrogatorio al que iba a ser sometido y sus posibles consecuencias. Además, con igual reserva, esta audiencia se refería claramente a las informaciones pertinentes y necesarias a los efectos de la aplicación de la Directiva 2008/115, con observancia del derecho del interesado a ser oído.

73. En efecto, durante su entrevista con la policía, se oyó la declaración del Sr. Boudjlida, *en particular*, sobre su identidad, su nacionalidad, su estado civil, la irregularidad de su situación en Francia, los trámites administrativos que había iniciado para intentar regularizar su residencia, la duración total de su estancia en Francia, sus anteriores permisos de residencia, su trayectoria académica y profesional, sus recursos y su situación familiar en Francia y en Argelia. Por último, los servicios de policía le preguntaron si estaría dispuesto «a abandonar el territorio francés si así lo decidiera la préfecture de Pau». ⁴¹

ii) Derecho a la asistencia de un abogado

74. Con arreglo al artículo 13 de la Directiva 2008/115, sólo se prevé el derecho a la asistencia jurídica después de que se adopte la decisión de retorno ⁴² y en el marco de un recurso para impugnar tal decisión. ⁴³ En determinadas circunstancias, debe concederse asistencia jurídica gratuita, previa solicitud. ⁴⁴

75. En estas circunstancias, no puede impedirse a nadie que se procure, a su propia costa, un asesoramiento jurídico durante su interrogatorio por parte de las autoridades nacionales competentes, siempre que el ejercicio de este derecho no perjudique la buena marcha del procedimiento y no comprometa la aplicación eficaz de la Directiva 2008/115. Durante su declaración, el Sr. Boudjlida no solicitó la asistencia de un abogado.

iii) Duración de la audiencia

76. El Sr. Boudjlida y la Comisión ponen de relieve la brevedad de la audiencia en cuestión, cuya duración fue de treinta minutos. No considero que la duración de este trámite sea determinante. Lo importante es saber si el Sr. Boudjlida fue oído suficientemente en relación con la legalidad de su estancia y su situación personal, ⁴⁵ como así se desprende, en mi opinión, de los puntos 70 a 73 de las presentes conclusiones.

41 — Véase el punto 71 de las presentes conclusiones.

42 — En su caso, las decisiones relacionadas con el retorno a que se refiere el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2008/115, a saber, las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión.

43 — Es importante señalar que, en el caso de autos, cuando el Sr. Boudjlida fue interrogado por la policía, no se seguía contra él ningún procedimiento penal, ni se encontraba detenido o privado de libertad. Ha de señalarse que, con arreglo al artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, «el sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado [...]» «[...] antes de que [...] sea interrogado por la policía». Con arreglo al artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2013/48/UE, los Estados miembros deben poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva, a más tardar el 27 de noviembre de 2016.

44 — Véase el artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2008/115. Con arreglo al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2008/115, los Estados miembros pueden adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para los interesados, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con dicha Directiva.

45 — Véase el punto 64 de las presentes conclusiones.

iv) Plazo concedido para abandonar el territorio francés

77. A este respecto, deseo señalar que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/115 prevé, entre otros extremos, «un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria». Además, con arreglo al artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2008/115, los Estados miembros deben prorrogar, «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».

78. Del acta de la declaración del Sr. Boudjlida se desprende que fue oído, entre otros extremos, acerca de la duración de su estancia en Francia, sus estudios en Francia y sus vínculos familiares en Francia. Considero, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente compruebe tales extremos, que se oyó su declaración en relación con la posible aplicación de los criterios que permiten prorrogar el plazo de salida, según el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2008/115. En cuanto al carácter prudencial del plazo de salida concedido al Sr. Boudjlida atendiendo, en particular, a las alegaciones que formuló durante su declaración ante la policía, debe señalarse que esta apreciación se refiere a la legalidad de la medida en cuanto al fondo.⁴⁶

79. A la vista de todos estos elementos en su conjunto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial en los siguientes términos:

- El derecho de un nacional de un tercer país en situación irregular a ser oído antes de adoptarse contra él una decisión de retorno obliga a la autoridad nacional competente a dar audiencia al interesado para que formule alegaciones en relación con la legalidad de su estancia, la posible aplicación del artículo 5 de la Directiva 2008/115 y de las excepciones previstas en el artículo 6, apartados 2 a 5, de la citada Directiva, y la forma en que tendrá lugar su retorno;
- en cambio, salvo que el nacional de un tercer país no pueda razonablemente sospechar que pueda adoptarse una decisión de retorno, ni presentir cuáles son los elementos que pueden formularse en su contra, circunstancia que le obligaría a realizar algunos trámites de comprobación o a obtener documentos justificativos, el Derecho de la Unión Europea no obliga a la autoridad nacional competente a que avise a esta persona, antes de la audiencia prevista en relación con la adopción de dicha decisión, de que se propone adoptar una decisión de retorno, ni a comunicarle los elementos en los que tiene previsto basarse, ni a concederle un plazo de reflexión antes de recabar sus alegaciones;
- cuando el nacional de un tercer país pueda llamar a un abogado antes de que la autoridad administrativa nacional competente adopte una decisión de retorno, con el fin de que lo asista en su declaración ante las autoridades nacionales competentes, siempre que el ejercicio de este derecho no perjudique la buena marcha del procedimiento y no comprometa la aplicación eficaz de la Directiva 2008/115, el Derecho de la Unión no obliga a los Estados miembros a sufragar esta actuación en el marco de la asistencia jurídica gratuita.

3. Sobre la segunda y la tercera cuestión prejudicial

80. Con estas cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente interroga al Tribunal de Justicia acerca de si procede y, en su caso, conforme a qué criterios, modular o limitar el derecho de un nacional de un tercer país en situación irregular a ser oído con arreglo al artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta antes de adoptar contra él una decisión de retorno, habida cuenta del objetivo de interés general de la política de retorno expuesto en la Directiva 2008/115.

⁴⁶ — Véase el punto 61 de las presentes conclusiones.

81. A la vista de mi respuesta a la primera cuestión prejudicial, responderé negativamente a las cuestiones segunda y tercera.

VI. Conclusión

82. En virtud de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal administratif de Pau en los siguientes términos:

- 1) El derecho de un nacional de un tercer país en situación irregular a ser oído antes de adoptarse contra él una decisión de retorno obliga a la autoridad nacional competente a dar audiencia al interesado para que formule alegaciones en relación con la legalidad de su estancia, la posible aplicación del artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y de las excepciones previstas en el artículo 6, apartados 2 a 5, de la citada Directiva, y la forma en que tendrá lugar su retorno.

En cambio, salvo que el nacional de un tercer país no pueda razonablemente sospechar que pueda adoptarse una decisión de retorno, ni presentir cuáles son los elementos que pueden formularse en su contra, circunstancia que le obligaría a realizar algunos trámites de comprobación o a obtener documentos justificativos, el Derecho de la Unión Europea no obliga a la autoridad nacional competente a que avise a esta persona, antes de la audiencia prevista en relación con la adopción de dicha decisión, de que se propone adoptar una decisión de retorno, ni a comunicarle los elementos en los que tiene previsto basarse, ni a concederle un plazo de reflexión antes de recabar sus alegaciones.

Cuando el nacional de un tercer país pueda llamar a un asesor jurídico antes de que la autoridad administrativa nacional competente adopte una decisión de retorno, con el fin de que lo asista en su declaración ante las autoridades nacionales competentes, siempre que el ejercicio de este derecho no perjudique la buena marcha del procedimiento y no comprometa la aplicación eficaz de la Directiva 2008/115, el Derecho de la Unión no obliga a los Estados miembros a sufragar esta actuación en el marco de la asistencia jurídica gratuita.

- 2) No procede modular o limitar de otra manera el contenido del derecho a ser oído habida cuenta del objetivo general de la Directiva 2008/115.