



## Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 7 de junio de 2016\*

«Procedimiento prejudicial — Espacio de libertad, de seguridad y de justicia — Directiva 2008/115/CE — Normas y procedimientos comunes en materia de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular — Detención preventiva — Normativa nacional que establece, en caso de entrada irregular, una pena de prisión — Situación de “tránsito” — Convenio multilateral de readmisión»

En el asunto C-47/15,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia), mediante resolución de 28 de enero de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de febrero de 2015, en el procedimiento entre

**Sélina Affum,**

y

**Préfet du Pas-de-Calais**

**Procureur général de la Cour d’appel de Douai**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente, el Sr. A. Tizzano, Vicepresidente, los Sres. M. Ilešič (Ponente), L. Bay Larsen, T. von Danwitz y C. Lycourgos, Presidentes de Sala, y los Sres. A. Rosas, E. Juhász, A. Borg Barthet, J. Malenovský, y E. Levits, las Sras. M. Berger y K. Jürimäe y los Sres. M. Vilaras y E. Regan, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Szpunar;

Secretario: Sr. V. Tourrès, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 10 de noviembre de 2015; consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Sra. Affum, por M<sup>e</sup> P. Spinosi, avocat;
- en nombre del Gobierno francés, por los Sres. D. Colas y F.X. Bréchet, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno checo, por los Sres. M. Smolek y J. Vláčíl, en calidad de agentes;

\* Lengua de procedimiento: francés.

- en nombre del Gobierno helénico, por la Sra. M. Michelogiannaki, en calidad de agente;
  - en nombre del Gobierno húngaro, por la Sra. M. M. Tátrai y los Sres. G. Koós y M. Fehér, en calidad de agentes;
  - en nombre del Gobierno suizo, por la Sra. C. Bichet, en calidad de agente;
  - en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. M. Condou-Durande, en calidad de agente;
- oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 2 de febrero de 2016;  
dicta la siguiente

### Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación 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 (DO 2008, L 348, p. 98).
- 2 Esta petición se ha planteado con ocasión de un litigio entre, de una parte, la Sra. Sélina Affum, y de la otra, el préfet du Pas-de-Calais (Prefecto de Pas-de-Calais, Francia) y el procureur général de la cour d'appel de Douai (Fiscal General del Tribunal de Apelación de Douai, Francia), en relación con la entrada irregular de aquélla en el territorio francés y la prórroga de su internamiento.

### Marco jurídico

#### *Derecho de la Unión*

#### Directiva 2008/115

- 3 Los considerandos 2, 4, 5, 10, 17 y 26 de la Directiva 2008/115 enuncian lo siguiente:
  - «(2) El Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 pidió que se estableciera una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad.
- [...]
- (4) Es necesario fijar normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada.
- (5) Conviene que la presente Directiva establezca un conjunto horizontal de normas aplicable a todos los nacionales de terceros países que no cumplen o que han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en un Estado miembro.
- [...]
- (10) En los casos en que no haya razones para creer que con ello se dificulte el objetivo del procedimiento de retorno, debe preferirse el retorno voluntario al forzoso y concederse un plazo para la salida voluntaria. [...]

[...]

- (17) [...] Sin perjuicio de la detención inicial por los servicios policiales, regulada por la legislación nacional, el internamiento debe llevarse a cabo, por regla general, en centros especializados de internamiento.

[...]

- (26) En la medida en que se aplica a los nacionales de terceros países que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada de conformidad con el Código de fronteras Schengen, la presente Directiva desarrolla disposiciones del acervo de Schengen en las que el Reino Unido [de Gran Bretaña e Irlanda del Norte] no participa [...]; por otra parte, [...] el Reino Unido 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.»

- 4 El artículo 1 de la Directiva 2008/115, que lleva por título «Objeto», dispone lo siguiente:

«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 esta Directiva, titulado «Ámbito de aplicación», establece:

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

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

- a) a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, 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 la antedicha Directiva —«Definiciones»— establece:

«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 la misma Directiva —«Disposiciones más favorables»— establece en su apartado 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 El artículo 6 de la Directiva 2008/115 —«Decisión de retorno»— establece:

«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.

[...]»

- 9 El artículo 7 de la misma Directiva —«Salida voluntaria»— dispone en su apartado 1, primer párrafo:

«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. [...]»

10 El artículo 8 de la citada Directiva —«Expulsión»— enuncia:

«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.

[...]

4. En los casos en que los Estados miembros utilicen, como último recurso, medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, tales medidas serán proporcionadas y la fuerza ejercida no irá más allá de lo razonable. Se aplicarán según establezca la legislación nacional, de conformidad con los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad física del nacional de un tercer país de que se trate.

5. Al llevar a cabo expulsiones por vía aérea, los Estados miembros tendrán en cuenta las Directrices comunes sobre las normas de seguridad [...].

[...]»

11 El artículo 9 de la Directiva 2008/115 —«Aplazamiento de la expulsión»— dispone en su apartado 2, letra a):

«Los Estados miembros podrán aplazar la expulsión durante un período oportuno de tiempo, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto. En particular, los Estados miembros tendrán en cuenta:

a) el estado físico o la capacidad mental del nacional de un tercer país;»

12 El artículo 11 de dicha Directiva —«Prohibición de entrada»— dispone en sus apartados 1 y 2:

«1. Las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada:

a) si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o

b) si la obligación de retorno no se ha cumplido.

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

2. La duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años.

[...]»

13 El artículo 14 de la antedicha Directiva —«Garantías a la espera del retorno»— establece en su apartado 1:

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

[...]

b) prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades;

[...]

d) consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables.»

14 El artículo 15 de la Directiva 2008/115 —«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.

[...]

4. Cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente.

5. El internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 y sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve a buen término. Cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses.

6. Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un periodo limitado no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a:

a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o

b) demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.»

15 El artículo 16 de dicha Directiva —«Condiciones del internamiento»— establece en su apartado 1:

«Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios.»

16 El artículo 17 de la referida Directiva establece condiciones especiales para el internamiento de menores y familias.

17 Según el artículo 20 de la Directiva 2008/115, los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ésta, a más tardar, el 24 de diciembre de 2010.

## El CAAS y el Código de fronteras Schengen

- 18 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, firmado en Schengen (Luxemburgo), el 19 de junio de 1990 (DO 2000, L 239, p. 19; en lo sucesivo, «CAAS») forma parte del acervo de Schengen.
- 19 Dentro de su título II, capítulo 4, titulado «Condiciones de circulación de los extranjeros», el CAAS establece, en sus artículos 19, apartados 1 y 2, 20, apartado 1, y 21, apartados 1 y 2, respectivamente, 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 dichas Partes contratantes, podrán circular libremente por el territorio de éstas. Estas disposiciones se refieren especialmente a algunas de las condiciones de entrada en dicho territorio establecidas en el artículo 5, apartado 1, del CAAS.
- 20 El Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO 2006, L 105, p. 1), consolidó y desarrolló el acervo de Schengen.
- 21 A tenor del considerando 27 del Código de fronteras Schengen, este último «desarrolla disposiciones del acervo de Schengen en las que el Reino Unido no participa [...]. Por consiguiente, el Reino Unido no participa en la adopción del presente Reglamento y no está vinculado ni sujeto a su aplicación.»
- 22 Según el artículo 1 del Código de fronteras Schengen, 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».
- 23 El artículo 2, puntos 1 y 2, del Código de fronteras Schengen 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».
- 24 Dentro de su título II, capítulo I, titulado «Cruce de las fronteras exteriores y condiciones de entrada», el Código de fronteras Schengen dispone en su artículo 4 —Cruce de las fronteras exteriores— lo siguiente:
- «1. Las fronteras exteriores solo 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.

[...]

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.»

25 Dentro del mismo capítulo, el Código de fronteras Schengen, en su artículo 5 —*Condiciones de entrada para los nacionales de terceros países*—, establece:

«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 [...]

[...]

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 o de un visado de regreso expedido por uno de los Estados miembros o, cuando así se exija, de ambos documentos, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia 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. [...]»

26 Dentro de su título II, capítulo II, titulado «Control de las fronteras exteriores y denegación de entrada», el Código de fronteras Schengen, en su artículo 7 —*Inspecciones fronterizas de personas*— dispone lo siguiente:

«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:



[...]»

- 27 Dentro del precitado capítulo del Código de fronteras Schengen, el artículo 13 —*Denegación de entrada*—, apartado 1, establece:

«Se negará la entrada en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de terceros países que no cumplan todas las condiciones de entrada, tal como se definen en el artículo 5, apartado 1, siempre que no pertenezca a ninguna de las categorías de personas indicadas en el artículo 5, apartado 4. Esto no será un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional o a la expedición de visados de larga duración.»

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

- 29 En virtud del artículo 39, apartado 1, del Código de fronteras Schengen, que forma parte del título IV —«Disposiciones finales»— de éste, los artículos 2 a 8 del CAAS fueron derogados con efectos a partir del 13 de octubre de 2006. En especial, las condiciones de entrada, que figuraban antes en el artículo 5, apartado 1, del CAAS, fueron de este modo sustituidas por las establecidas en el artículo 5 del precitado Código.

- 30 Posteriormente al acaecimiento de los hechos del litigio principal, el Código de fronteras Schengen ha sido modificado por el Reglamento (UE) n.º 610/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (DO 2013, L 182, p. 1).

- 31 El artículo 12 —*Vigilancia de fronteras*— del Código de fronteras Schengen, que forma parte del capítulo II, titulado «Control de las fronteras exteriores», del título II de aquel código, en la nueva redacción que le dio el Reglamento n.º 610/2013, dispone en su apartado 1:

«La vigilancia de las fronteras tiene por objeto principal impedir el cruce no autorizado de la frontera, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente. 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/CE.»

### *Derecho francés*

#### Ceseda

- 32 El artículo L. 621-2 del Código de entrada y estancia de extranjeros y derecho de asilo (code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile; en lo sucesivo, «Ceseda»), en su versión modificada por la Ley n.º 2012/1560, de 31 de diciembre de 2012, relativa a la retención para la comprobación del derecho de residencia y por la que se modifica el delito de ayuda a la estancia irregular con el fin de excluir de tal consideración a las acciones humanitarias desinteresadas (loi n.º 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, «Ley de 31 de diciembre de 2012»), 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:

- 1.º Haya entrado en el territorio metropolitano sin cumplir los requisitos previstos en el artículo 5, apartado 1, letras a), b) o c), del [Código de fronteras Schengen], y sin haber sido admitido en el territorio en aplicación del artículo 5, apartado 4, letras a) y c), de este mismo Reglamento; se impondrán las mismas penas cuando el extranjero esté inscrito como no admisible en aplicación de una resolución ejecutiva adoptada por otro Estado parte en el [CAAS];
- 2.º 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 aplicación del presente artículo, únicamente se podrá ejercer la acusación pública si se han acreditado los hechos en las circunstancias previstas en el artículo 53 del Código procesal penal.»

Código procesal penal

- 33 El Código procesal 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 acabara de cometer. También se considerará que existe delito flagrante cuando, inmediatamente después del acto, la persona sospechosa sea perseguida por otro u otros ciudadanos testigos de lo ocurrido, o se hallen en su poder efectos, o presente vestigios o indicios, que permitan presumir su participación en el delito.

Cuando se constate 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.

[...]»

- 34 El artículo 62-2 del Código procesal penal prescribe lo siguiente:

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

[...]»

## Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 35 El 22 de marzo de 2013, la Sra. Affum, de nacionalidad ghanesa, fue sometida a un control por parte de los 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).
- 36 Tras haber presentado un pasaporte belga con la fotografía y el nombre de una tercera persona, y al encontrarse desprovista de otros documentos de identidad o de viaje a su nombre, se efectuó su detención preventiva por entrada irregular en el territorio francés, sobre la base del artículo L. 621-2, 2.º, del Ceseda, en su versión modificada por la Ley de 31 de diciembre de 2012.
- 37 Mediante orden de 23 de marzo de 2013, el Prefecto de Pas-de-Calais, órgano al que correspondió pronunciarse sobre la situación administrativa de la Sra. Affum a los efectos de su expulsión, en su caso, del territorio francés, decidió devolver a la Sra. Affum a las autoridades belgas, con vistas a su readmisión, al amparo del Convenio entre el Gobierno de la República Francesa, de una parte, y los Gobiernos del Reino de Bélgica, del Gran Ducado de Luxemburgo y del Reino de los Países Bajos, 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.
- 38 En la precitada orden administrativa, el Prefecto de Pas-de-Calais ordenó el internamiento de la Sra. Affum en instalaciones no pertenecientes a la administración penitenciaria durante un plazo de cinco días a contar desde la conclusión de su detención preventiva, a la espera de su expulsión.
- 39 El 27 de marzo de 2013, el Prefecto de Pas-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, Francia) la prórroga de esta medida de internamiento, en espera de la respuesta de las autoridades belgas a su solicitud de readmisión.
- 40 La Sra. Affum se opuso a dicha prórroga invocando, en particular, la sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807), y alegando que la petición del Prefecto de Pas-de-Calais debía desestimarse puesto que la detención preventiva de que había sido objeto no se ajustaba a Derecho, y que tal irregularidad había viciado, según el Derecho nacional, la totalidad del procedimiento, y llevaba aparejada la denegación de la prórroga del internamiento y la puesta en libertad de la persona afectada.
- 41 Sin embargo, por 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) resolvió que la medida de detención preventiva adoptada contra la Sra. Affum era conforme a Derecho y que, por tanto, su internamiento administrativo traía causa de un procedimiento regular. Accediendo, en consecuencia, a la petición del Prefecto de Pas-de-Calais, ordenó la prórroga del internamiento administrativo de la Sra. Affum hasta un máximo de 20 días contados desde la fecha de la mencionada resolución judicial.
- 42 Interpuesto recurso por la Sra. Affum contra el referido auto, éste fue confirmado por auto del Presidente primero de la cour d'appel de Douai (Tribunal de Apelación de Douai) de 29 de marzo de 2013.

43 La Sra. Affum recurrió esta última resolución en casación ante la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia), que decidió 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/CE en el sentido de que un nacional de un tercer Estado se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y que por tal motivo está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva, con arreglo a su artículo 2, apartado 1, cuando el extranjero en cuestión se encuentre en una situación de mero tránsito, como pasajero de un autobús que circule por el territorio de dicho Estado miembro, procedente de otro Estado miembro que forme parte del espacio de 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 norma nacional que castigue la entrada ilegal de un nacional de un tercer Estado con la pena de prisión cuando otro Estado miembro pueda hacerse cargo del extranjero en cuestión, en aplicación de un acuerdo o convenio concluido con este último Estado miembro antes de la entrada en vigor de la Directiva 2008/115?
- 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 castigue la entrada ilegal 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, Achughbadian [(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 Directiva 2008/115 y a la duración de su internamiento?»

### **Sobre las cuestiones prejudiciales**

44 Con carácter preliminar, ha de señalarse que el litigio principal versa sobre la situación de una persona, nacional de un tercer país, que entró de forma ilegal en el territorio de un Estado miembro integrado en el espacio de Schengen a través de una frontera común con otro Estado miembro que también forma parte del espacio de Schengen, y que fue interceptada cuando se disponía a entrar en el territorio de un tercer Estado miembro que no forma parte del precitado espacio.

#### *Sobre la primera cuestión prejudicial*

45 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 2, apartado 1, y el artículo 3, punto 2, de la Directiva 2008/115 deben interpretarse en el sentido de que un nacional de un tercer Estado se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y, por tal motivo, está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva, cuando dicho extranjero, sin cumplir las condiciones de entrada, de estancia o de residencia, viaja por ese Estado miembro, como pasajero de un autobús, procedente de otro Estado miembro que forma parte del espacio de Schengen, y con destino a un tercer Estado miembro que no está integrado en tal espacio.

46 Todas las partes interesadas que han presentado observaciones en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia coinciden en afirmar que un nacional de un tercer país no deja de estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 por la única razón de encontrarse en una situación de esas características, es decir, de «mero tránsito», y hallarse, por tanto, en el territorio del Estado miembro de que se trate sólo de forma temporal o pasajera.

- 47 A este respecto, hay que señalar, con relación al ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, que ésta se aplicará, conforme a su artículo 2, apartado 1, a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. El artículo 3, punto 2, de dicha Directiva define la «situación irregular» como «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».
- 48 De la anterior definición se desprende que todo nacional de un tercer país que se halle en el territorio de un Estado miembro sin cumplir las condiciones de entrada, de estancia o de residencia en él se encuentra, por esa mera razón, en situación irregular, sin que sea necesario, para incurrir en tal situación, una estancia mínima en aquel territorio o una intención de permanecer en él. Además, ninguno de los motivos enumerados en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2008/115, en los que podrán ampararse los Estados miembros para decidir excluir del ámbito de aplicación de ésta a un nacional de un tercer país en situación irregular, hace tampoco referencia a que la presencia de dicho nacional tenga un carácter exclusivamente temporal o de mero tránsito.
- 49 Un nacional de un tercer país que viaja por el territorio de un Estado miembro a bordo de un autobús incumpliendo las condiciones de entrada, de estancia o de residencia se halla efectivamente presente en ese territorio, por lo que se encuentra en situación irregular en el sentido del artículo 3, punto 2, de la Directiva 2008/115, la cual, en virtud de su artículo 2, le es plenamente aplicable.
- 50 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión que el artículo 2, apartado 1, y el artículo 3, punto 2, de la Directiva 2008/115 deben interpretarse en el sentido de que un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y, por tal motivo, está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva, cuando dicho extranjero, sin cumplir las condiciones de entrada, de estancia o de residencia, viaja por ese Estado miembro, como pasajero de un autobús, procedente de otro Estado miembro que forma parte del espacio de Schengen, y con destino a un tercer Estado miembro que no está integrado en tal espacio.

*Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera*

- 51 Mediante sus cuestiones prejudiciales segunda y tercera, que deben ser examinadas conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que castiga con pena de prisión la entrada ilegal de un nacional de un tercer país al que no se ha aplicado aún el procedimiento de retorno establecido por esa Directiva, e incluso cuando otro Estado miembro pueda hacerse cargo de dicho nacional en aplicación de un acuerdo o convenio en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la precitada Directiva. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas, en particular, sobre la pertinencia a este respecto de la sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807).
- 52 En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2008/115 se opone a una normativa de un Estado miembro que reprime mediante sanciones penales la estancia irregular 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 ese 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 (sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 50).

- 53 No obstante, el Tribunal de Justicia precisó que la referida Directiva no se opone a una medida de internamiento con objeto de determinar el carácter regular o irregular de la situación de un nacional de un tercer país. A este respecto, las autoridades competentes están obligadas a actuar con diligencia y a definir sin tardanza su posición acerca del carácter regular o irregular de la situación del interesado (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartados 29 a 31).
- 54 El Tribunal de Justicia precisó también que la antedicha Directiva tampoco se opone a una normativa nacional que permita el encarcelamiento de un nacional de un tercer país al que se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en la misma Directiva y que se halle en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo que justifique no haber acatado la obligación de retorno (sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 50).
- 55 En lo que atañe, en particular, a una norma nacional como el artículo L. 621-1 del Ceseda, en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley de 31 de diciembre de 2012, sobre el que versaba la referida sentencia y que establecía pena de prisión para todo nacional de un tercer país «que haya entrado o que permanezca en Francia [sin disponer de los documentos y visados exigidos para la entrada ni, en caso de estancia superior a tres meses, de una tarjeta de residencia] o que permanezca en Francia más allá del período autorizado por su visado», el Tribunal de Justicia advirtió que tal disposición puede dar lugar a un encarcelamiento cuando, en realidad, con arreglo a las normas y a los procedimientos comunes que se establecen en los artículos 6, 8, 15 y 16 de la Directiva 2008/115, ese nacional de un tercer país debe ser objeto de un procedimiento de retorno o, si de una privación de libertad se trata, puede, a lo sumo, ser objeto de internamiento (véase la sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartados 10, 11, 14 y 38).
- 56 Consta de forma no controvertida que la Ley de 31 de diciembre de 2012, a raíz del pronunciamiento de la citada sentencia, modificó el Ceseda, derogando en particular el delito de permanencia ilegal pero manteniendo al mismo tiempo el de entrada ilegal. De este modo, se suprimió su artículo L. 621-1, cuyo contenido se ha recordado en el apartado anterior, y se introdujeron los correspondientes cambios en su artículo L. 621-2. Dadas estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si una disposición nacional que castiga con pena de prisión la entrada ilegal de un nacional de un tercer país, como la contenida en el artículo L. 621-2 del Ceseda, en su versión modificada por la Ley de 31 de diciembre de 2012, es compatible con la Directiva 2008/115.
- 57 La Sra. Affum y los Gobiernos checo, griego, húngaro y suizo, así como la Comisión Europea, entienden, en esencia, que la interpretación que formuló el Tribunal de Justicia en la referida sentencia es extrapolable a los supuestos contemplados en la mencionada disposición nacional y que, además, un nacional de un tercer país sigue comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 aun cuando, en aplicación de un acuerdo o convenio en el sentido del artículo 6, apartado 3 de ésta, se haga cargo de él un Estado miembro distinto de aquel en el que fue aprehendido.
- 58 Para el Gobierno francés, en cambio, de los artículos 2, apartado 2, letra a), y 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115, así como del artículo 4, apartado 3, del Código de fronteras Schengen se desprende que una norma nacional como la controvertida en el litigio principal es compatible con aquella Directiva.

#### La entrada ilegal a la luz de la Directiva 2008/115

- 59 Tanto de la definición, recordada en el apartado 47 de la presente sentencia, de «situación irregular» contenida en el artículo 3, punto 2, de la Directiva 2008/115, como del considerando 5 de tal Directiva, a cuyo tenor ésta será aplicable «a todos los nacionales de terceros países que no cumplen o que han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia», se infiere que un

nacional de un tercer país que, por haber entrado de forma ilegal en el territorio de un Estado miembro, se halla en dicho territorio sin cumplir las condiciones de entrada, de estancia o de residencia, se encuentra, por tal motivo, en situación irregular.

- 60 De este modo, ha de observarse que, en la materia regulada por la Directiva 2008/115, los conceptos de «situación irregular» y de «entrada ilegal» están estrechamente relacionados, puesto que una entrada así calificada constituye, en efecto, uno de los posibles supuestos de hecho desencadenantes de la situación irregular del nacional de un tercer país en el territorio del Estado miembro de que se trate.
- 61 Toda vez que un nacional de un tercer país que, como es el caso de la Sra. Affum, ha entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que, por tal razón, se considera que se halla en él en situación irregular está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, en virtud del artículo 2, apartado 1, de ésta, sin perjuicio de lo dispuesto en el mismo artículo 2, apartado 2, deben serle de aplicación las normas y los procedimientos comunes previstos por la citada Directiva a los efectos de su expulsión, salvo que hubiera regularizado su situación.
- 62 Pues bien, de acuerdo con tales normas y procedimientos, un nacional de un tercer país como el descrito en el apartado anterior debe ser objeto de un procedimiento de retorno cuyas fases se desarrollan conforme a una graduación de las medidas que han de tomarse para la ejecución de la decisión de retorno, y que, si se trata de una privación de libertad, permite, a lo sumo, el internamiento en un centro especializado, medida que está estrictamente delimitada en aplicación de los artículos 15 y 16 de la misma Directiva, con objeto de asegurar el respeto de los derechos fundamentales de los nacionales de los terceros países afectados (véase, en particular, la sentencia de 28 de abril de 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, apartados 41 y 42).
- 63 Así pues, por las mismas razones que las proclamadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807), los Estados miembros no pueden permitir, por el mero hecho de una entrada ilegal desencadenante de la situación irregular, que se encarcele a los nacionales de terceros países cuando el procedimiento de retorno establecido en la Directiva 2008/115 para dichos nacionales aún no ha finalizado, ya que tal medida puede frustrar la aplicación del citado procedimiento y demorar el retorno, privando a dicha Directiva de su efecto útil.
- 64 Tal situación es claramente distinta, por tanto, de la enjuiciada en el asunto que dio lugar a la sentencia de 1 de octubre de 2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640), en la que un nacional de un tercer país, incurso en situación irregular, y al que se le habían aplicado las normas y los procedimientos comunes previstos por la Directiva 2008/115 para poner fin a una anterior situación irregular en el territorio de un Estado miembro, había vuelto a entrar en el territorio de este Estado quebrantando una prohibición de entrada.
- 65 Debe precisarse, por último, que la Directiva 2008/115 no niega a los Estados miembros la potestad de castigar con la pena de prisión la comisión de delitos que no estén definidos como la mera entrada ilegal, incluyendo los cometidos en situaciones en las que el mencionado procedimiento aún no ha terminado.
- 66 En lo que concierne al asunto principal, está acreditado que las autoridades francesas aún no han iniciado, en relación con la Sra. Affum, ningún procedimiento de retorno previsto por la Directiva 2008/115.
- 67 El Gobierno francés aduce, no obstante, que, así como los Estados miembros están facultados, en virtud de los artículos 2, apartado 2, letra a), y 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115, para excluir del ámbito de aplicación de ésta a nacionales de terceros países que han entrado ilegalmente en su territorio, también tienen la obligación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 3, del Código de fronteras Schengen, de prever sanciones para tales casos de entradas ilegales.

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

- 68 En primer lugar, procede recordar que, a tenor del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115, los Estados miembros podrán decidir no aplicar esta Directiva 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 terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro.
- 69 De esta disposición se deduce que los dos supuestos que contempla aluden exclusivamente al cruce de una frontera exterior de un Estado miembro, según la definición que de la misma ofrece el artículo 2, punto 2, del Código de fronteras Schengen, y no, por tanto, al cruce que tiene lugar por una frontera común a Estados miembros integrados en el espacio Schengen. En consecuencia, los Estados miembros no pueden, con arreglo a la referida disposición, excluir del ámbito de aplicación de la precitada Directiva a los nacionales de terceros países incurso en situación irregular por el motivo de haber entrado a través de una frontera interior de forma ilegal.
- 70 Por otro lado, con respecto al primero de los supuestos contemplados en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115, está acreditado que la denegación de entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen afecta solamente a los nacionales de terceros países que desean cruzar una frontera exterior para entrar en este espacio.
- 71 En cuanto al segundo supuesto del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115, del tenor de esta disposición, al precisar que se trata de nacionales que «no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro», es decir, en aquel cuya frontera exterior han cruzado y donde han sido detenidos o interceptados por las autoridades competentes, se deduce, como ha señalado el Abogado General en el apartado 68 de sus conclusiones, que está contemplando también la hipótesis de que tales nacionales hayan entrado en el territorio del Estado miembro de que se trate, y no cuando están intentando abandonarlo y salir del espacio Schengen. Esta última hipótesis es coherente, además, con el objetivo de la precitada Directiva, confirmado en su considerando 10, de fomentar prioritariamente el retorno voluntario de los nacionales de terceros países. El segundo de los supuestos del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115 concuerda, de este modo, con el contemplado en el artículo 12, apartado 1, última frase, del Código de fronteras Schengen, en su versión modificada por el Reglamento n.º 610/2013.
- 72 Por último, continuando con el análisis de este segundo supuesto, el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115 precisa que los nacionales de los terceros países afectados deben haber sido detenidos o interceptados «con ocasión del cruce irregular» de una frontera exterior, lo cual lleva implícita, como sostienen, en esencia, la Sra. Affum, el Gobierno griego y la Comisión, y como ha puesto de relieve el Abogado General en el punto 41 de sus conclusiones, la idea de una relación temporal y espacial directa con ese cruce de frontera. Así, se está aludiendo a nacionales de terceros países que han sido detenidos o interceptados por las autoridades competentes justo en el momento en que cruzaban de forma ilegal la frontera exterior o, habiéndola ya cruzado, cuando se hallaban en las proximidades de ésta.
- 73 En segundo lugar, debe señalarse que la excepción prevista en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115, está acompañada, a diferencia del supuesto de la letra b) del mismo apartado y artículo, de determinadas obligaciones, enunciadas en el artículo 4, apartado 4, de esa Directiva.
- 74 El hecho de que en el artículo 4, apartado 4, de la Directiva 2008/115 se detallan las condiciones a las que se somete el ejercicio por los Estados miembros de la facultad contemplada en el artículo 2, apartado 2, letra a), de aquella Directiva tiene su razón de ser, como explicó la Comisión en la vista, en la finalidad perseguida por esta última disposición, a saber, permitir a los Estados miembros continuar aplicando en sus fronteras exteriores procedimientos de retorno de Derecho interno



simplificados, sin tener que completar todas las fases procedimentales establecidas en la antedicha Directiva y poder así expulsar con mayor rapidez a los nacionales de terceros países interceptados cuando cruzaban tales fronteras. En ese contexto, el precitado artículo 4, apartado 4, pretende garantizar que esos procedimientos simplificados de Derecho interno respeten las garantías mínimas establecidas en la Directiva 2008/115, entre las que figuran, en particular, las condiciones de internamiento recogidas en los artículos 16 y 17 de ésta.

- 75 Con relación al asunto principal, está acreditado que la detención preventiva de la Sra. Affum no fue ordenada sobre la base del artículo L. 621-2, 1.º, del Ceseda, en su versión modificada por la Ley de 31 de diciembre de 2012, que establece una pena de prisión para el caso de entrada irregular de un nacional de un tercer país en territorio francés a través de una frontera exterior, sino del artículo L. 621-2, 2.º del mismo cuerpo legal, en su versión modificada por la Ley de 31 de diciembre de 2012, con motivo de su entrada ilegal en dicho territorio a través de la frontera franco-belga.
- 76 En tales circunstancias, no es necesario determinar si una norma como la contenida en el artículo L. 621-2, 1.º, del Ceseda, en su versión modificada por la Ley de 31 de diciembre de 2012, cumple los requisitos establecidos en los artículos 2, apartado 2, letra a), y 4, apartado 4, de la Directiva 2008/115.
- 77 Con respecto al artículo L. 621-2, 2.º, del Ceseda, en su versión modificada por la Ley de 31 de diciembre de 2012, que castiga con tal pena la entrada ilegal de un nacional de un tercer país en el territorio francés a través de una frontera interior, hay que recordar que, como se ha advertido en el apartado 69 de la presente sentencia, los Estados miembros no pueden, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115, excluir a los nacionales de terceros países incursos en situación irregular del ámbito de aplicación de esta Directiva por el motivo de haber entrado por una frontera interior de forma ilegal.
- 78 En cuanto a que la Sra. Affum no haya sido interceptada y detenida en el momento de su entrada en el territorio francés por una frontera interior sino cuando intentaba abandonar, por el túnel bajo el Canal de la Mancha, dicho territorio y el espacio Schengen, del apartado 71 de la presente sentencia se infiere que tal circunstancia, en cualquier caso, no constituye un supuesto que permita excluirla, como nacional de un tercer país en situación irregular, del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra a), de ésta.

El artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115

- 79 Procede recordar que, según el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, 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.
- 80 A tenor del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115, 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 esta 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 de dicho artículo.
- 81 Hay que señalar que, como alega el Gobierno francés, y ha puesto de relieve el Abogado General en el punto 77 de sus conclusiones, el convenio mencionado en el apartado 37 de la presente sentencia constituye un «convenio bilateral» en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115, habida cuenta de que, pese a estar suscrito por cuatro Estados miembros, considera el territorio del Benelux como un único territorio.

- 82 Sin embargo, contrariamente a lo que sostiene el Gobierno francés, el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115 no puede interpretarse en el sentido de que introduce un supuesto de exclusión del ámbito de aplicación de esta Directiva que vendría a sumarse a los contemplados en el artículo 2, apartado 2, de la misma y que permitiría que los Estados miembros decidieran no aplicar las normas y los procedimientos comunes de retorno a los nacionales de terceros países incursos en situación irregular cuando, en aplicación de un acuerdo o de un convenio vigente en la fecha de entrada en vigor de la precitada Directiva, un Estado miembro distinto de aquel en el que fueron aprehendidos se haga cargo de ellos.
- 83 Como afirman, en esencia, todas las demás partes que han presentado observaciones en el presente procedimiento, y como ha señalado el Abogado General en los puntos 75 y 76 de sus conclusiones, tal interpretación sería incompatible con el tenor del referido artículo 6, así como con la estructura y la finalidad de la Directiva 2008/115.
- 84 A este respecto, procede señalar que del tenor del artículo 6, apartados 1 y 3, de la Directiva 2008/115 resulta que la excepción prevista en el apartado 3 de dicho artículo alcanza solamente a la obligación del Estado miembro en cuyo territorio se halle el nacional en cuestión de adoptar una decisión de retorno contra él, a los efectos de su expulsión, de modo que, como se especifica en la segunda frase del antedicho artículo 6, apartado 3, esta obligación incumbirá al Estado miembro que se haya hecho cargo de ese nacional.
- 85 La estructura de la Directiva 2008/115, cuyo artículo 2, apartado 2, no recoge precisamente la excepción antes mencionada entre los supuestos de inaplicación de la Directiva que contempla de modo expreso, viene a confirmar la conclusión anterior.
- 86 Por consiguiente, ha de concluirse que, conforme a la redacción y a la estructura de la Directiva 2008/115, ésta seguirá siendo aplicable a la situación de un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular y del que se haga cargo, en aplicación de un acuerdo o de un convenio en el sentido del artículo 6, apartado 3, un Estado miembro distinto de aquel en el que fue aprehendido, y que el Estado miembro que decida devolver a ese nacional a otro Estado miembro, en virtud de dicha disposición, actuará con arreglo a las normas y a los procedimientos comunes establecidos en la precitada Directiva.
- 87 Toda vez que tal decisión de devolución constituye una de las medidas previstas por la Directiva 2008/115 para poner fin a la situación irregular del nacional de un tercer país y una fase preparatoria para la expulsión de éste del territorio de la Unión, el Estado miembro de que se trate deberá adoptarla, a la vista de los objetivos de aquella Directiva, con diligencia y lo antes posible, a fin de que el citado nacional sea trasladado al Estado miembro responsable del procedimiento de retorno con la mayor celeridad (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de diciembre de 2011, Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartados 31 y 45, y de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, apartado 76).
- 88 Es a todas luces evidente que la imposición de una pena de prisión al referido nacional y la subsiguiente ejecución de esa pena, antes de trasladarlo a este último Estado miembro demoraría la incoación del aludido procedimiento y, con ello, la efectiva expulsión del nacional de que se trate, privando así de efecto útil a la precitada Directiva.

El artículo 4, apartado 3, del Código de fronteras Schengen

- 89 Según el artículo 4, apartado 3, del Código de fronteras Schengen, los Estados miembros fijarán sanciones, de conformidad con su Derecho interno, en 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.

- 90 A este respecto, hay que señalar, por un lado, que esta disposición no obliga a los Estados miembros a establecer penas de prisión para los supuestos a los que se refiere, sino que deja en sus manos la elección de las sanciones que deseen imponer, con la condición de que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. Por lo tanto, incluso en los supuestos que, con arreglo al artículo 4, apartado 3, del Código de fronteras Schengen, determinan la obligación de sancionar, los Estados miembros pueden cumplir ésta sin dejar por ello de observar al mismo tiempo las obligaciones que impone la Directiva 2008/115. Además, lo dispuesto en el artículo 12, apartado 1, del Código de fronteras Schengen, en su versión modificada por el Reglamento n.º 610/2013, viene a confirmar expresamente que dicho artículo 4, apartado 3, no tiene por objeto establecer ningún tipo de excepción a la aplicación de las normas y los procedimientos comunes previstos por la referida Directiva.
- 91 Por otro lado, cabe señalar que el artículo 4, apartado 3, del Código de fronteras Schengen impone a los Estados miembros la obligación de establecer sanciones única y exclusivamente «en el caso de cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas», y que en la situación de la Sra. Affum no se dan tales circunstancias. Además, ninguna otra disposición del Código de fronteras Schengen prevé sanciones para casos distintos del contemplado en el mencionado artículo 4, apartado 3, esto es, los cruces no autorizados de las fronteras exteriores por los pasos fronterizos durante las horas de apertura establecidas y los cruces no autorizados de las fronteras interiores.
- 92 Por tales razones, el Gobierno francés no puede invocar las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el Código de fronteras Schengen para justificar un incumplimiento de la Directiva 2008/115.
- 93 A la vista de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permita el encarcelamiento de un nacional de un tercer país por el mero hecho de la entrada ilegal por una frontera interior desencadenante de una situación irregular cuando el procedimiento de retorno previsto por la precitada Directiva para aquel nacional aún no ha finalizado. Esta interpretación es válida también cuando otro Estado miembro pueda hacerse cargo del extranjero en cuestión, en aplicación de un acuerdo o de un convenio en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la referida Directiva.

## Costas

- 94 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

- 1) El artículo 2, apartado 1, y el artículo 3, punto 2, 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, deben interpretarse en el sentido de que un nacional de un tercer Estado se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y, por tal motivo, está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva, cuando dicho extranjero, sin cumplir las condiciones de entrada, de estancia o de residencia, viaja por ese Estado miembro, como pasajero de un autobús, procedente de otro Estado miembro que forma parte del espacio de Schengen, y con destino a un tercer Estado miembro que no está integrado en tal espacio.**

- 2) **La Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permita el encarcelamiento de un nacional de un tercer país por el mero hecho de la entrada ilegal por una frontera interior desencadenante de una situación irregular cuando el procedimiento de retorno previsto por la precitada Directiva para aquel nacional aún no ha finalizado.**

**Esta interpretación es válida también cuando otro Estado miembro pueda hacerse cargo del extranjero en cuestión, en aplicación de un acuerdo o de un convenio en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la referida Directiva.**

Firmas