

LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES  
EN SITUACIÓN IRREGULAR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.  
ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 7.06.2016,  
*SÉLINA AFFUM/PRÉFET DU PAS-DE-CALAIS Y PROCUREUR GÉNÉRAL  
DE LA COUR D'APPEL DE DOUAI (C-58/16)*

RITA LAGES  
*Universidad de Chile*

INTRODUCCIÓN

La sentencia que comentamos en estas líneas se refiere, una vez más, a la (ni siempre fácil) compatibilidad entre la normativa de la Unión Europea (UE) en materia de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular armonizada por la Directiva 2008/115/CE<sup>1</sup> (“Directiva del retorno”) y disposiciones de derecho de los Estados miembros que prevén la pena de prisión y, consecuente, encarcelamiento, de esa categoría de extranjeros únicamente por su condición migratoria irregular. A diferencia, sin embargo, de otros fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre igual problemática jurídica<sup>2</sup>, el presente asunto exhibe, como veremos, algunas particularidades que ameritan su comentario.

La lucha contra la inmigración ilegal<sup>3</sup> es, desde un principio, objetivo primordial de la política europea de migración y asilo<sup>4</sup>, que incorpora elementos “clásicos” de carácter penal y sancionatorio, muchos de ellos preexistentes en

---

<sup>1</sup> Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (D.O. L 348, 24.12.2008, p. 98).

<sup>2</sup> A saber, sentencia *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268; sentencia *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807; sentencia *Sagor*, C-430/11, EU:C:2012:777; sentencia *Mbaye*, C-522/11, EU:C:2013:190; sentencia *Celaj* (C-290/14), EU:C:2015:640.

<sup>3</sup> El uso de los términos “ilegal” o “irregular” para referirse a la inmigración *no autorizada* no es unánime en el derecho internacional, ni tampoco en el derecho de la Unión. Dando cuenta de ello, COSTELLO, Cathryn, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law* (Oxford, 2016), p. 66. En cuanto a la Unión, hay, sin embargo, un predominio del uso del término “ilegal”, razón por la que lo utilizamos en este trabajo.

<sup>4</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre *una política comunitaria de migración* [COM(2000) 757 final, 22.11.2000, p. 6]; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Hacia un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo* [COM(2000) 755 final,

las leyes de extranjería y en el derecho penal de los Estados miembros y tributarios de una comprensión de la migración como problema de (in)seguridad. En esa medida, la normatividad de la UE relativa a la prevención y lucha contra la inmigración ilegal se basa en (i) el refuerzo de los controles en las fronteras exteriores *in situ* –función en la que se involucran los propios particulares en un proceso de *externalización* del control fronterizo<sup>5</sup>–, pero también a la distancia<sup>6</sup>, e instauración de sanciones efectivas para los infractores<sup>7</sup>; (ii) la tipificación, en el ámbito europeo, del tráfico ilícito de migrantes y trata de personas en el marco internacional de la lucha contra la delincuencia internacional organizada<sup>8</sup>; (iii) el incremento de medidas contra el empleo ilegal como factor de atracción

---

22.11.2000, p. 7]; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *relativa a una política común de inmigración ilegal* [COM(2001) 672 final, 15.11.2001, p. 5].

<sup>5</sup> Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (D.O. L 261, de 6.08.2004, p. 24).

<sup>6</sup> El control fronterizo a la distancia es posible gracias a la generalizada emisión de visados consulares, pues permite que los Estados puedan decidir sobre la admisión de personas extranjeras al territorio e identificarlas antes mismo de que estas viajen.

<sup>7</sup> Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (D.O. L 187 de 10.7.2001, p. 45). La finalidad de esta Directiva es la armonización de las sanciones pecuniarias aplicadas por los Estados miembros a los transportistas que trasladan a sus territorios a personas nacionales de terceros países desprovistas de los necesarios documentos de admisión.

<sup>8</sup> Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de sus víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (D.O. L 101, de 15.04.2011, p. 1); Decisiones 2006/618/CE y 2006/619/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativas a la celebración del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada (D.O. L 262, de 22.09.2006); Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (D.O. L 261, de 6.08.2004); Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (D.O. L 328, de 5.12.2002, p. 17); Decisión marco del Consejo 2002/946/JAI, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (D.O. L 328, de 5.12.2002, p. 1).

de la inmigración ilegal<sup>9</sup>, y (iv) la adopción de medidas de cooperación y armonizadoras en materia de expulsión y retorno<sup>10</sup>.

La armonización legislativa en materia de retorno significó la aparición de nuevos límites impuestos por el derecho de la Unión, máxime por su *corpus iuris* migratorio del que hace parte la mencionada Directiva, a los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de nacionales de países terceros, concretamente las leyes internas que criminalizan la migración ilegal<sup>11</sup>. En este sentido, la sentencia que ahora se comenta constituye un aporte más del TJUE para la confirmación y delimitación de esos límites.

## I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Sélina Affum, nacional de Ghana, fue sometida en 2013 a una inspección fronteriza en el punto de entrada al túnel del Canal de la Mancha, ubicado en territorio francés (Coquelles), por agentes de la policía francesa, cuando viajaba a bordo de un autobús procedente de Bélgica (Gante) con destino a Reino Unido (Londres).

---

<sup>9</sup> Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (D.O. L 168/24, de 30.6.2009, p. 24). La Directiva consagra una prohibición general del empleo de nacionales de terceros países sin residencia legal en la UE y sanciona aquellos que beneficien económicamente de la propia inmigración y empleo ilegales, *i.e.*, los empleadores de trabajadores migrantes en situación irregular. Véase, también, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas en materia de sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular [COM(2014) 0286 final, 22.5.2014].

<sup>10</sup> Entre estas últimas se encuentra la Directiva 2008/115 y, con ella, la creación de normas y procedimientos comunes para el retorno y expulsión de entrada de los nacionales de terceros países (artículo 1º), pero también la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (D.O. L 149, de 2.06.2001, p. 34); Decisión 2004/573/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (D.O. L 261, de 6.08.2004, p. 28).

<sup>11</sup> La “criminalización”, en sentido estricto, se refiere al uso del derecho penal para regular los flujos migratorios, mediante la creación de delitos e imposición de sanciones penales relacionadas con la inmigración. En sentido amplio, engloba el uso de herramientas propias del derecho penal, como la vigilancia y detención, para hacer frente a la migración ilegal, o, aún, el control preventivo de la inmigración y de la delincuencia internacional con ella relacionada (trata de personas y tráfico de migrantes). MITSILEGAS, Valsamis, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, (Springer, 2015), p. 2.

Por no poseer documentación propia de identidad y de viaje y, además, presentar un pasaporte belga perteneciente a otra persona, la Sra. Affum fue detenida preventivamente al amparo de la ley francesa de extranjería y asilo que determina la pena de prisión para los nacionales de Estados que no pertenecen a la UE que hayan entrado al país (Francia) procedente directamente de otro Estado miembro (*in casu*, Bélgica), sin cumplir con las condiciones de entrada establecidas en la Convención de Aplicación del Acuerdo de Schengen (“CAAS”)<sup>12</sup> y en el Código de Fronteras Schengen (“CFS”)<sup>13</sup>.

Tras el archivo, por parte del Tribunal de primera instancia de Boulogne-sur-Mer, del procedimiento penal en contra de la Sra. Affum y, consecuentemente, de su detención preventiva, el Prefecto de Pas-de-Calais ordenó, por un lado, la devolución de la Sra. Affum a las autoridades belgas, con vistas a su readmisión, al amparo de un acuerdo sobre el tratamiento de las personas en las fronteras comunes entre Francia y los países del Benelux de 16 de abril de 1964, y, por otro, su internamiento administrativo por cinco días a contar del término de la detención preventiva.

Por haberse agotado el precitado plazo sin que las autoridades belgas contestaran a la solicitud de readmisión, el Prefecto de Pas-de-Calais requirió al Tribunal de primera instancia de Lille la prórroga de la medida de internamiento; solicitud que fue aceptada por dicho tribunal y confirmada por el Tribunal de Apelación de Douai, no obstante el recurso presentado por la Sra. Affum por considerarla irregular.

Finalmente, la Sra. Affum recurre de esta última resolución ante el Tribunal de Casación, que ha decidido suspender el procedimiento y plantear al TJUE tres cuestiones prejudiciales, atinentes en lo fundamental (*i*) al ámbito de aplicación de la Directiva del retorno a las situaciones de tránsito y de salida del espacio Schengen y (*ii*) a la compatibilidad de la normativa francesa, que castiga la entrada irregular de extranjeros con pena de prisión, con dicha Directiva.

---

<sup>12</sup> Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado el 19 de junio de 1990 (D.O. L 239 de 22.9.2000, p. 19).

<sup>13</sup> Reglamento (CE) N° 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 (D.O. L 105, 13.4.2006, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (UE) N° 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de 2010 (D.O. L 85, 31.03.2010, p. 1). Refiérase que el Reglamento fue codificado por el actual Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (D.O. L 77, 23.3.2016, p. 1).

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

En el asunto *Affum*, el tribunal remitente (la *Cour de cassation*) planteó tres cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 3.2 (con relación al artículo 2.1) y 6.3 de la directiva. En otras palabras, la primera cuestión dice respecto al ámbito de aplicación de la Directiva, mientras las dos últimas, que por razones de oportunidad fueran examinadas conjuntamente por el TJUE, tienen que ver con la relación entre el derecho penal interno y la compatibilidad de su normativa que criminaliza la entrada ilegal al territorio por parte de un nacional de un tercer país, y además admite su prisión preventiva, con el derecho derivado de la Unión, *maxime* la Directiva del retorno.

En cuanto a la primera cuestión, el tribunal consideró que la Directiva de retorno se aplica a todo aquel que, siendo nacional de un tercer país, se encuentre ilegalmente en el territorio de un Estado miembro, incluso cuando (i) esa presencia sea consecuencia de un cruce (ilegal) de una frontera interna del espacio Schengen (la frontera franco-belga), (ii) el extranjero se encuentre transitoriamente en el Estado miembro donde es detenido (Francia) cuando intentaba salir de dicho espacio (recuérdese que Reino Unido no es parte integrante del acervo de Schengen<sup>14</sup>) y (iii) el Estado miembro de donde provenía (Bélgica) admite su readmisión a causa de un tratado internacional firmado entre ambos Estados.

En la segunda y tercera cuestión prejudicial, el TJUE consideró que una norma como la francesa que castiga con pena de prisión el delito de entrada ilegal es incompatible con la Directiva del retorno, pues al nacional de un tercer país que se encuentra en situación irregular —como ocurre con la Sra. Affum en virtud de su entrada ilegal a Francia— le debe ser aplicado el procedimiento de retorno establecido por la Directiva, que se inicia con una decisión de retorno (artículo 6º) a la que debe sucederle, preferencialmente, la salida voluntaria, mediante la concesión de un plazo entre siete a treinta días (artículo 7.1), y, solo en caso de “riesgo de fuga” o cuando el nacional de un tercer país “evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión” (artículo 15.1), se le puede privar su libertad, siendo que, en todo caso, esa privación tendría de corresponder a un internamiento en un centro especializado o, cuando tal no sea posible, en un centro penitenciario, pero separado de los presos ordinarios (artículo 16.1). En el presente caso, se dio por probado que las autoridades francesas ni siquiera habían iniciado el procedimiento de retorno (párr. 66).

---

<sup>14</sup> En esa medida, para efectos de control fronterizo (y aplicación de las reglas del CFS, en su artículo 2º), la frontera franco-británica es una frontera exterior. Por la misma razón, la frontera franco-belga es una frontera interior.

Atendiendo a estas consideraciones, el TJUE determinó que la detención preventiva de la Sra. Affum al amparo de la ley nacional que pune con cárcel el delito de entrada ilegal por ese mero hecho, y antes de que se aplicaran las normas y procedimientos de la Directiva, es contraria al derecho de la Unión.

### III. COMENTARIO

#### 1. *Ámbito de aplicación de la Directiva del retorno*

En la sentencia *Affum*, el TFUE asume la tarea de interpretar el concepto de “situación irregular” definido por el artículo 3.2, con vistas a determinar quiénes son los nacionales de terceros países amparados por la Directiva del retorno. En esa tarea, el tribunal lanza mano del elemento literal de dicha norma, y de la definición que ella contiene –i.e., la “presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5º del CFS u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro”– para concluir que el vocablo “presencia” no exige “una estancia mínima en aquel territorio o una intención de permanecer en él” (párr. 48).

Al considerar que el tiempo y el *animus* de permanencia (y residencia) no constituyen elementos definitorios del término “presencia”, el TJUE reconoce la amplitud del concepto de migración ilegal<sup>15</sup> de la Directiva y, en consecuencia, de su ámbito de aplicación *ratione personae*<sup>16</sup>, en la medida en que la situación irregular puede estar determinada, como *in casu*, por la entrada irregular al territorio de un Estado miembro no con el objetivo de en él permanecer, sino de utilizarlo como lugar de paso hacia un tercer país fuera del espacio Schengen. Además, para el tribunal, la transitoriedad de la presencia tampoco es relevante para efectos de las causales de exclusión de la aplicación de la Directiva (párr. 48 *in fine*).

---

<sup>15</sup> La Directiva del retorno, junto con la Directiva 2009/52/CE sobre las sanciones a los transportadores, constituyen los primeros actos jurídicamente vinculantes de derecho derivado de la UE que adoptan un concepto legal de “migración ilegal”. En el caso de la Directiva de retorno, la definición contenida en el citado 3.2 permite una lectura amplia del concepto, por cuanto un extranjero (i.e., un nacional de un tercer país) puede caer en una situación irregular, para efectos de esta Directiva, cuando no cumple ya sea la normativa de la Unión en cuanto al cruce de fronteras, en particular las condiciones de entrada (Código de Fronteras Schengen), y/o el derecho interno en relación a “otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro” (subrayado nuestro). En ese sentido, es acertada la afirmación de C. Costello cuando escribe que “la inmigración ilegal es un producto de las leyes que tratan de luchar contra ella, no un fenómeno autónomo” (traducción nuestra). COSTELLO, *op. cit.*, p. 67. Véase, también, Conclusiones del abogado general (AG) Maciej Szpunar, EU:C:2016:68, ap. 38 y 39.

<sup>16</sup> Esto mismo es sostenido por el AG Szpunar, EU:C:2016:68, ap. 72 y 73.

Para el TJUE, que suscribe la argumentación de abogado general Szpunar<sup>17</sup>, la situación irregular de un nacional de un tercer país en virtud de un cruce irregular de una frontera *interna* del espacio Schengen, pero que fue interceptado cuando intentaba *abandonar* dicho espacio, no está amparada por la excepción del artículo 2.2.a) –mediante la cual los Estados miembros pueden excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a un nacional de un tercer país en situación irregular–, pues ésta se circunscribe a la *entrada* ilegal de las fronteras *exteriores*.

Por último, el TJUE da a entender, implícitamente, que las normas y procedimientos establecidos por la Directiva se aplican también cuando la situación irregular del extranjero está motivada por el incumplimiento de las condiciones de circulación de los nacionales de terceros países entre los Estados que participen en el acervo de Schengen<sup>18</sup>.

## *2. La privación de libertad de nacionales de terceros países en situación irregular a la luz de la Directiva del retorno*

Es hoy cierto, a partir de una línea coherente de casos resueltos por el TJUE en la que se inserta el fallo comentado, que la aprobación de una Directiva que “pretende establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes”<sup>19</sup>, implica que la privación de libertad de nacionales de terceros países en situación irregular debe adecuarse a los requisitos formales (observancia de las fases del procedimiento de retorno) y materiales (*v.g.*, respeto por los principios de cooperación leal, efecto útil y proporcionalidad) establecidos por la misma Directiva y el derecho de la Unión<sup>20</sup>.

Con la sentencia *Affum*, el TJUE, apoyándose en jurisprudencia anterior, deja claro que el ejercicio de la acción penal que conduzca a la privación de libertad, mediante encarcelamiento o arresto domiciliario<sup>21</sup>, es incompatible con el dere-

<sup>17</sup> Conclusiones del AG Maciej Szpunar, EU:C:2016:68, ap. 68.

<sup>18</sup> A este propósito, cumple subrayar que la supresión de los controles en las fronteras interiores del espacio Schengen no significan el establecimiento de un derecho universal de cruce de las mismas para los nacionales de terceros países, por cuanto solo pueden beneficiar de esa movilidad los que cumplan las condiciones previstas en el artículo 19 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. THYM, Daniel, Entry and Border Controls, en HAILBRONNER, Kay/THYM, Daniel (eds.), EU Immigration and Asylum Law. Commentary, 2nd edition (C.H. Beck/ Hart/ Nomos, 2016), pp. 31-51, p. 43.

<sup>19</sup> Sentencia *El Dridi*, EU:C:2011:268, ap. 31.

<sup>20</sup> Sentencia *El Dridi*, EU:C:2011:268, ap. 34, 41 y 42; sentencia *Achughbabian*, EU:C:2011:807, ap. 39 y 42; sentencia *Sagor*, EU:C:2012:777, ap. 32 y 43; sentencia *Affum*, C-58/16, EU:C:2016:408, ap. 62; sentencia *Celaj* (C-290/14), EU:C:2015:640, ap. 21.

<sup>21</sup> Sentencia *Sagor*, EU:C:2012:777, ap. 44-45 y 47 *in fine*.

cho de la Unión –en particular la Directiva del retorno–, cuando esas medidas coercitivas (i) peligren la efectividad del procedimiento de retorno y retrasen la efectiva expulsión<sup>22</sup>, sean (ii) motivadas solamente por la entrada<sup>23</sup> o estancia<sup>24</sup> ilegales, y (iii) aplicadas aun cuando el procedimiento de retorno de la Directiva no haya finalizado<sup>25</sup>.

El fundamento no es, por tanto, la falta de competencia de los Estados miembros para “criminalizar” la inmigración ilegal, mediante la previsión de sanciones penales para el cruce ilegal de sus fronteras o la estancia irregular, que sí la mantienen, sino la obligación que aquellos tienen de asegurar el cumplimiento de sus deberes impuestos por la Directiva del retorno y de no perjudicar, con su acción, los objetivos de la misma y, por ende, privarla de su efecto útil.

De todo lo expuesto se infiere que: primero, los principios de la cooperación leal y del efecto útil constituyen límites a la competencia penal de los Estados miembros<sup>26</sup> por vía de una voluntaria heterolimitación de su soberanía en las materias en que la Unión tiene competencias para adoptar reglas materiales con el propósito de la armonización jurídica –como ocurre en el caso de la Directiva del retorno– que, a su vez, requiere de los Estados miembros una actividad legislativa de adaptar su normativa penal interna existente o incluso de crear una *ex novo* que cumpla con el derecho de la Unión. Segundo, la “criminalización” de la inmigración ilegal por parte de los Estados miembros, es contraria al derecho de la Unión en la medida en que para el TJUE no se ha logrado demostrar ser aquella *per se* y, en particular, el encarcelamiento, una herramienta efectiva para asegurar el retorno y expulsión de los nacionales de terceros países en situación irregular, objetivo central de la Directiva.

Por las mismas razones, se entiende el razonamiento del TJUE en sus sentencias (i) *Sagor* al aseverar que la acción penal que conduzca a la aplicación de una multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión no retrasa ni impide la adopción y ejecución de las medidas coercitivas previstas en la Directiva ni tampoco obstaculiza el propio procedimiento<sup>27</sup>; y (ii) *Celaj*, confirmando la jurisprudencia *El*

---

<sup>22</sup> Sentencia *Affum*, EU:C:2016:408, ap. 63 y 88.

<sup>23</sup> Sentencia *Affum*, EU:C:2016:408, ap. 65.

<sup>24</sup> Sentencia *Achughbabian*, EU:C:2011:807, ap. 28, 32 y 41.

<sup>25</sup> O sea, cuando el encarcelamiento ocurra antes de iniciado (sentencia *Affum*, EU:C:2016:408, ap. 63 y 66) o durante el procedimiento de retorno (sentencia *Achughbabian*, EU:C:2011:807, ap. 50).

<sup>26</sup> No sólo en materia de retorno y expulsión de nacionales de terceros países en situación irregular, sino que el TJUE ya utilizó este mismo argumento en otros ámbitos, por ejemplo, en el acceso a la formación profesional y la igualdad de trato entre hombres y mujeres (sentencia *Kelly*, C-104/10, EU:C:2011:506, ap. 35 y 36).

<sup>27</sup> Sentencia *Sagor*, EU:C:2012:777, ap. 34-36.

*Dridi*<sup>28</sup> y *Achughbabian*<sup>29</sup>, en donde afirma que la Directiva del retorno no excluye la normativa nacional que impone una pena privativa de la libertad al nacional de un tercer país en situación irregular que, tras haber sido sometido al procedimiento de retorno bajo la Directiva, entre de nuevo en el Estado miembro infringiendo una prohibición de entrada<sup>30</sup>.

Debe además subrayarse que la privación de libertad es admisible a la luz de la Directiva del retorno en la figura del internamiento en un centro especializado con el objetivo de preparar y ejecutar el retorno la expulsión (párrafo 62). Eso sí, debe tratarse de una medida de *ultima ratio* –priorizando la salida voluntaria (artículo 7.1) y tras haberse aplicado otras medidas coercitivas menos restrictivas de la libertad (artículo 7.3 y 4)–, *proporcional, razonable* (artículo 8.4) y conforme 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*” (artículo 1º).

El TJUE, vinculando la “criminalización” de la entrada ilegal con la Directiva del retorno, permite la aplicación del principio de proporcionalidad como garante de derechos y libertades fundamentales también a los nacionales de terceros países. Sin embargo, la ausencia de referencias a dicho principio en la sentencia *Affum*, deja en evidencia que la privación de libertad de los nacionales de terceros países en situación irregular, en el ordenamiento jurídico de la Unión, no es tanto una cuestión de derechos fundamentales<sup>31</sup>, sino de efectividad de la Directiva y de su objetivo central: el retorno y expulsión de extranjeros en situación irregular en la Unión<sup>32</sup>.

Afirmación que nos lleva a esta otra: si la privación de libertad como consecuencia de una sanción penal fuera efectiva para lograr el objetivo del retorno y expulsión

<sup>28</sup> Sentencia *El Dridi*, EU:C:2011:268, ap. 52 y 60.

<sup>29</sup> Sentencia *Achughbabian*, EU:C:2011:807, ap. 46 y 48.

<sup>30</sup> Sentencia *Celaj*, EU:C:2015:640, ap. 30.

<sup>31</sup> Ilustrativo de ello es también el hecho de que la Directiva del retorno apenas contenga referencias genéricas a los derechos fundamentales y humanos de los nacionales de terceros países (considerando 2º), centrándose en las obligaciones de los Estados miembros de cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad (considerando 20º) y respetar los derechos consagrados en el Derecho Internacional y Europeo de Derechos Humanos (considerandos 22 y 24). Véase, también, RAFFAELLI, Rosa, Case Note: the Achughbabian Case. Impact of the Return Directive on National Criminal Legislation, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 10 p., p. 3.

<sup>32</sup> Precisamente la baja efectividad del retorno es tema de preocupación central, puesto que “en 2014, menos del 40 % de los migrantes sobre los que se dictaron órdenes de retorno abandonaron realmente la UE”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *Plan de Acción de la UE en materia de retorno* [COM(2015) 453 final, 9.9.2015, p. 2].

de nacionales de terceros países terceros en situación irregular, que se pretende además que sea célere, la protección que el derecho de la Unión pudiera conferir a estos extranjeros, sobre todo por vía del principio de proporcionalidad, sería aún más débil, permaneciendo, ante la ausencia de un estatuto jurídico unificado del extranjero en la Unión y en el sistema europeo de derechos humanos, la protección que ofrece la residencia de larga duración<sup>33</sup>, el principio de no devolución (vinculado a la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes) y, asimismo, la protección a la vida familiar y el interés superior del niño<sup>34</sup>.

Por último, se puede apreciar en la sentencia *Affum*, aunque no exista un análisis profundizado al respecto, la estrecha relación entre la política de gestión integrada de las fronteras exteriores (artículo 77 del TFUE) y la política migratoria (artículo 79 del TFUE), que tiene en el cruce de la frontera exterior su elemento espacial y temporal de conexión y momento crítico en donde se llevan a cabo funciones (administrativas y de policía) de inspección y vigilancia de personas (artículos 7-9 y 13 del CFS) y que pueden desencadenar la aplicación de sanciones, incluso de carácter penal<sup>35</sup> en caso de incumplimiento de las leyes de extranjería, como sucedió en el caso comentado.

El TJUE recuerda a los Estados miembros que el ejercicio del poder-deber soberano de controlar sus fronteras, definiendo las condiciones de entrada a sus territorios, y la obligación impuesta por el derecho de la Unión de sancionar el cruce no autorizado (artículo 5.3 del CFS) debe ajustarse a las exigencias de los principios generales de la Unión, incluido el respeto por los derechos fundamentales (artículo 4 del CFS) y el principio de proporcionalidad (artículo 5.3 *in fine* del CFS), pero también de los procedimientos de la Directiva del retorno (artículo 13.1 del CFS)<sup>36</sup>. Siendo dicha Directiva un importante instrumento de gestión migratoria, quiere esto decir que el control de las fronteras exteriores es un elemento constitutivo más de la política europea de inmigración, razón por la que el objetivo del CFS –limitar el cruce efectivo de la frontera a quienes tienen derecho a ello, *i.e.*, los nacionales de los Estados miembros y los de terceros países que cumplan con las condiciones establecidas al efecto– no debe menoscabar el objetivo de la

---

<sup>33</sup> Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 016 de 23.01.2004, p. 44); Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2011 por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional (DO L 132 de 19.05.2011, p. 1).

<sup>34</sup> COSTELLO, *ob. cit.*, pp. 311-314; THYM, *ob. cit.*, pp. 47-49.

<sup>35</sup> Sentencia *Celaf*, EU: C: 2015: 640.

<sup>36</sup> Sentencia *Affum*, EU: C: 2016: 408, ap. 90.

primera –hacer efectiva el retorno y expulsión de nacionales de terceros estados en situación irregular.

#### CONCLUSIÓN

La sentencia *Affum* en múltiples aspectos constituye un importante desarrollo de la jurisprudencia del TJUE relativa a la aplicación e interpretación de la Directiva del retorno, en particular en lo que se refiere a la práctica extendida entre los Estados miembros de la Unión de hacer uso del derecho penal, en especial de las penas privativas de la libertad, como instrumento de gestión migratoria.

En este fallo, el TJUE ha dictado que la existencia de una normativa interna que condene a pena de prisión el nacional de un tercer país por el mero hecho de la entrada ilegal por una fronteras interna es contraria al objetivo de la Directiva de establecer una política común y eficaz en materia de retorno y expulsión de retorno y expulsión de nacionales de terceros países en situación irregular.

En consecuencia, esta sentencia confirma el rol del derecho de la Unión, sobre todo de los principios de la cooperación leal y del efecto útil, como límite a la competencia penal de los Estados miembros en materia migratoria.