



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 28 de abril de 2015¹

Asunto C-290/14

Skerdjan Celaj

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Firenze (Italia)]

«(Espacio de libertad, seguridad y justicia — Directiva 2008/115/CE — Retorno de nacionales de terceros países en situación irregular — Artículos 15 y 16 — Normativa nacional que prevé una pena de prisión para los nacionales de terceros países en situación irregular en caso de nueva entrada — Compatibilidad)»

Introducción

1. «¿Es delito ser extranjero? Entendemos que no».
2. Con estas palabras concluye el voto particular parcialmente discrepante emitido conjuntamente por seis jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») en el asunto precursor Saadi c. Reino Unido.²
3. En la misma línea, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea considera que «el mero hecho de que un inmigrante se halle en situación irregular no debe considerarse nunca causa suficiente para el internamiento».³
4. El enjuiciamiento y condena a una pena de los nacionales de terceros países que se hallan en situación irregular en el territorio de un Estado miembro es objeto de un acalorado debate. Incluso los órganos encargados de realizar apreciaciones a la luz de normas jurídicas a menudo caen en la tentación de introducir en sus argumentos consideraciones sobre *política* legislativa, tal como las dos declaraciones citadas pretenden ilustrar.
5. El presente asunto versa sobre un nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro, después de regresar al territorio de dicho Estado miembro infringiendo la prohibición de entrada que acompañaba a la decisión de retorno conforme a la Directiva 2008/115/CE.⁴ El Tribunal de Justicia ha de dilucidar si la Directiva 2008/115 se opone a que esta persona sea condenada a una pena privativa de libertad.

1 — Lengua original: inglés.

2 — Véase el voto particular parcialmente discrepante de los jueces Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann y Hirvelä en el asunto Saadi c. Reino Unido [GC], n° 13229/03, § 65, 29 de enero de 2008.

3 — Véase *Detention of third country nationals in return procedures*, Informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2011, p. 19, disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf. Esta declaración se efectuó con respecto a un internamiento administrativo, por lo que estimo que es aplicable *a fortiori* a las sanciones penales.

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

6. Propongo⁵ al Tribunal de Justicia que perfeccione y aclare la línea jurisprudencial que comenzó con la sentencia *El Dridi*⁶ y prosiguió con las sentencias *Achughbajian*⁷ y *Sagor*⁸ tomando en consideración el objetivo principal de la Directiva, que es el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. El Tribunal de Justicia debería declarar que la Directiva 2008/115 se opone a una sanción penal de ese tipo, no por consideraciones políticas como las mencionadas anteriormente, sino en aras de la eficacia de la Directiva 2008/115.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

7. La finalidad de la Directiva 2008/115 se establece en su artículo 1, titulado «Objeto»:

«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».

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

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

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

- a) a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro;
- b) que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición.

[...]»

9. A tenor del artículo 3 de la citada Directiva, con la rúbrica «Definiciones»:

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

[...]

5 — A estos efectos, haré todo lo posible por centrarme en argumentos jurídicos relacionados con la Directiva 2008/115, y no en consideraciones políticas como las expuestas en los puntos 1 y 3 de las presentes conclusiones.

6 — Sentencia *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

7 — Sentencia *Achughbajian* (C-329/11, EU:C:2011:807).

8 — Sentencia *Sagor* (C-430/11, EU:C:2012:777).

- 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, 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;
- 6) “prohibición de entrada” una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se prohíba la entrada y la estancia en el territorio de los Estados miembros por un período de tiempo determinado, unida a una decisión de retorno;

[...]»

10. Con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, titulado «Decisión de retorno»:

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

11. El artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 prevé que «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».

12. El artículo 11 de dicha Directiva lleva por rúbrica «Prohibición de entrada» y tiene el siguiente tenor:

«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. Podrá sin embargo exceder de cinco años si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

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

Las víctimas de la trata de seres humanos a quienes se haya concedido un permiso de residencia de conformidad con la Directiva 2004/81/CE 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 competentes⁹ no estarán sujetas a prohibición de entrada, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, párrafo primero, letra b), a condición de que el nacional de un tercer país de que se trate no represente una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

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

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

4. En caso de que un Estado miembro estudie la posibilidad de expedir un permiso de residencia u otra autorización que otorgue un derecho de estancia a un nacional de un tercer país que esté sujeto a una prohibición de entrada dictada por otro Estado miembro, consultará en primer lugar al Estado miembro que haya dictado la prohibición de entrada y tendrá en cuenta sus intereses, de conformidad con el artículo 25 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.¹⁰

5. Los apartados 1 a 4 se aplicarán sin perjuicio del derecho a la protección internacional, tal como lo define el artículo 2, letra a), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida,¹¹ en los Estados miembros.»

13. De conformidad con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115:

«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.»

9 — DO L 261, p. 19.

10 — DO 2000, L 239, p. 19.

11 — DO L 304, p. 12.

Derecho italiano

14. El artículo 13, apartado 13, del Decreto Legislativo n° 286, de 25 de julio de 1998 establece que «el extranjero contra el que se dicte una orden de expulsión no podrá volver a entrar en el territorio nacional sin una autorización especial del Ministerio del Interior. En caso de infracción se impondrá al extranjero una pena privativa de libertad de uno a cuatro años y será expulsado de nuevo con efecto inmediato».

Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales planteadas

15. El Sr. Celaj, un nacional albanés, entró en territorio italiano en fecha desconocida. El 26 de agosto de 2011, fue detenido por las autoridades italianas por tentativa de robo con violencia, a raíz de lo cual fue condenado a una pena privativa de libertad de un año (con suspensión de la pena) y a una multa de 400 EUR. Dicha sentencia adquirió firmeza el 15 de marzo de 2012.

16. El 17 de abril de 2012, el Prefetto de Florencia dictó una orden de expulsión y el Quaestor de Florencia dictó una orden de salida, acompañada de la prohibición de volver a entrar en Italia durante tres años. En dicha orden, el Prefetto de Florencia precisó que debía excluirse la posibilidad de una repatriación voluntaria, dado que las circunstancias del caso exigían la expulsión inmediata del Sr. Celaj. En efecto, éste no había solicitado la concesión de un plazo para la salida voluntaria y existía riesgo de fuga por no haberse acreditado documentalmente que dispusiera de alojamiento.

17. En realidad, dado que no estaban disponibles medios de transporte aéreo y no era posible ingresar al Sr. Celaj en un centro de internamiento, no se ejecutó la expulsión forzosa y el Quaestor de Florencia le ordenó abandonar el territorio nacional advirtiéndole que, en caso contrario, se le aplicarían las sanciones previstas en la Ley.

18. Después de todo ello, el Sr. Celaj permaneció en Italia. Entre el 27 de julio de 2012 y el 30 de agosto de 2012 fue identificado en tres ocasiones en tres lugares diferentes, siendo denunciado otras tantas veces por estancia irregular y cultivo de estupefacientes.

19. El Sr. Celaj se presentó, por iniciativa propia, el 4 de septiembre de 2012 en la oficina de policía de la frontera de Brindisi y abandonó voluntariamente el territorio nacional.

20. Posteriormente el Sr. Celaj entró de nuevo en territorio italiano. El 14 de febrero de 2014, fue detenido por infracción del artículo 13, apartado 13, del Decreto Legislativo n° 286 de 1998 por los carabinieri del puesto de San Piero a Sieve mientras realizaban controles en la estación ferroviaria de la localidad.

21. El Ministerio Fiscal promovió un procedimiento penal contra él ante el Tribunale di Firenze (Tribunal de Distrito de Florencia) solicitando una condena de ocho meses de prisión sobre la base del artículo 13, apartado 13, del Decreto Legislativo n° 286 de 1998.

22. En el marco de este procedimiento, el Tribunale di Firenze planteó la siguiente cuestión prejudicial, mediante resolución de 22 de mayo de 2014 recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de junio de 2014:

«¿Las disposiciones de la Directiva 2008/115 se oponen a la existencia de normas nacionales de los Estados miembros que establecen una pena de privación de libertad de hasta cuatro años de un nacional de un tercer país que, tras haber sido objeto de una medida de retorno, no como sanción penal ni a consecuencia de una sanción penal, ha vuelto a entrar en el territorio de un Estado miembro vulnerando una prohibición legítima de entrada, sin que dicho nacional haya sido sometido previamente a las medidas coercitivas previstas en el artículo 8 de la Directiva 2008/115 a efectos de su salida rápida y eficaz?»

23. Presentaron observaciones escritas los Gobiernos de la República Checa, Alemania, Grecia, Italia, Noruega y Suiza, así como la Comisión Europea.

Análisis

24. Una vez más, el Tribunal de Justicia ha de pronunciarse sobre la compatibilidad de una sanción penal prevista en el Derecho nacional con las disposiciones de la Directiva 2008/115. En esta ocasión, el litigio versa sobre una pena privativa de libertad que se va a imponer a un nacional de un tercer país por el único motivo de que, después de regresar a su país de origen desde un Estado miembro a raíz de un procedimiento previo de retorno, entró de nuevo en el territorio del Estado miembro de que se trata.

25. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que si bien es cierto que, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son competencia de los Estados miembros y aunque ni la Directiva 2008/115 ni su base jurídica¹² excluyen la competencia penal de los Estados miembros en el ámbito de la inmigración clandestina y de la estancia irregular, los Estados miembros no pueden aplicar una normativa penal que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por la Directiva 2008/115, privándola así de su efecto útil.¹³

26. Antes de volver a la legislación nacional controvertida en el procedimiento principal, desearía recordar brevemente, a efectos del presente asunto, el sistema establecido por la Directiva 2008/115 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a sanciones penales en el ámbito de dicha Directiva.

Régimen de retorno, expulsión e internamiento previsto en la Directiva 2008/115

27. El Tribunal de Justicia ha descrito ya en profundidad, en diversos asuntos que se le han planteado, el procedimiento de retorno establecido por la Directiva 2008/115.¹⁴ Por tanto, puedo ser breve sobre este punto y ceñirme a los elementos fundamentales pertinentes para el caso de autos.

28. Conforme a su considerando 2, la Directiva 2008/115 tiene por objetivo establecer 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.¹⁵ Para ello, instaura un procedimiento que se basa y se inicia en la decisión de retorno que, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, los Estados miembros están obligados a dictar¹⁶ contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.¹⁷ Esta disposición constituye el elemento fundamental de la Directiva.¹⁸

12 — Artículo 63 CE, apartado 3, letra b), recogido en el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra c). Sobre el proceso legislativo, véanse mis conclusiones en el asunto *Mahdi* (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936), punto 45 y nota 12.

13 — Véase en particular la sentencia *Achughbabian* (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 33.

14 — Véase, por ejemplo, la sentencia *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 34 y ss.

15 — Para más información acerca de las fuentes en que se inspira la Directiva, como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las veinte directrices sobre el retorno forzoso adoptadas el 4 de mayo de 2005 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, véanse mis conclusiones en el asunto *Mahdi* (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936), punto 45.

16 — Véase la sentencia *Achughbabian* (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 31. En la versión inglesa de la Directiva se utiliza el término prescriptivo «shall». Acerca del carácter imperativo del artículo 6 de la Directiva 2008/115, véase también Slama, S.: «La transposition de la directive «retour»: vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers?», en: L. Dubin, *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruylant 2012, pp. 289-345, especialmente p. 330.

17 — Esta obligación está sujeta a una serie de excepciones que se enumeran en los apartados 2 a 5 del mismo artículo. Por otra parte, el artículo 6, apartado 6, permite a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno.

18 — Véase también Hörich, D.: «Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme», *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2011, pp. 281-286, especialmente p. 283.

29. El procedimiento subsiguiente se supedita al principio de proporcionalidad:¹⁹ a tal efecto, por norma general, sólo cabe la expulsión, esto es, la ejecución de la obligación de retornar mediante el transporte físico fuera del Estado miembro,²⁰ si la salida voluntaria no fuera posible o viable²¹ y únicamente se puede recurrir al internamiento como *ultima ratio*, sólo en la medida estrictamente necesaria y hasta la expulsión.²² El fundamento de las disposiciones relativas al internamiento consiste en que únicamente los procedimientos de retorno y expulsión justifican la privación de libertad y que, si los procedimientos no se tramitan con la diligencia debida, el internamiento deja de estar justificado a efectos de dichas disposiciones.²³ Como señalé en mis conclusiones presentadas en el asunto Mahdi,²⁴ el internamiento a efectos de expulsión no tiene un carácter punitivo ni penal y no constituye una pena de prisión.²⁵ Además, el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115 exige una interpretación estricta, ya que, al tratarse de una privación de libertad, el internamiento forzoso constituye una excepción al derecho fundamental de la libertad individual.²⁶

Internamiento o encarcelamiento admisibles fuera de las situaciones previstas en la Directiva 2008/115

30. Así pues, la Directiva en sí no contiene disposiciones sobre la posibilidad de que los Estados miembros impongan una sanción penal de internamiento o prisión en relación con una estancia irregular. A mi juicio, los motivos para ello son evidentes: no hay margen para imponer tal sanción si la Directiva tiene por finalidad favorecer el retorno rápido de los nacionales de terceros países que se hallen en situación irregular. Todo internamiento o encarcelamiento no previstos como parte del procedimiento de retorno supondrán en definitiva una dilatación del mismo.

31. Como es bien sabido y tal como ya se ha indicado en la introducción de las presentes conclusiones, existe también jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia. Sin embargo, no se ha planteado hasta ahora ningún asunto en el que, en las circunstancias del caso de autos, el Tribunal haya declarado que una sanción penal de internamiento o prisión es compatible con la Directiva 2008/115.

La jurisprudencia hasta hoy: de la sentencia El Dridi a la sentencia Sagor, pasando por la sentencia Achughabian

32. En la sentencia El Dridi,²⁷ se solicitó al Tribunal de Justicia que determinara si la Directiva 2008/115 se opone a la normativa nacional italiana controvertida en el procedimiento principal²⁸ que preveía la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanecía en el territorio italiano sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado. El Tribunal declaró que, en efecto, la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 15 y 16, se opone a dicha normativa.²⁹

19 — Véanse los considerandos 13 y 16 de la Directiva 2008/115. Véase también la sentencia *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 41.

20 — Artículos 3, punto 5, y 8 de la Directiva 2008/115.

21 — Véase el artículo 7 de la Directiva 2008/115.

22 — Véase el capítulo IV, «Internamiento a efectos de expulsión», artículos 15 a 18 de la Directiva 2008/115.

23 — Para más información, véanse mis conclusiones en el asunto Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936), puntos 46 a 55.

24 — C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936.

25 — *Ibidem*, apartado 47, así como las conclusiones del Abogado General Bot en el asunto Bero y Bouzalmate (C-473/13 y C-514/13, EU:C:2014:295), punto 91, las conclusiones del Abogado General Mazák en el asunto El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205), punto 35, y las conclusiones del Abogado General Wathelet en el asunto G. y R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553), punto 54.

26 — Véanse mis conclusiones en el asunto Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936), punto 47, y las conclusiones del Abogado General Mazák en el asunto Kadzoev (C-357/09 PPU, EU:C:2009:691), punto 70. En lo que respecta al artículo 5, apartado 1, letra f), del CEDH, el TEDH se pronuncia en el mismo sentido (véanse, por ejemplo, las sentencias Quinn c. Francia de 22 de marzo de 1995, Serie A n° 311, § 42, y Kaya c. Rumanía de 12 de octubre de 2006, n° 33970/05, § 16).

27 — Sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

28 — El litigio versaba sobre varias disposiciones del mismo Decreto que es objeto del presente asunto.

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

33. En el asunto Achughbaban³⁰ se solicitó de nuevo al Tribunal de Justicia que dilucidara si la Directiva 2008/115 se opone a la normativa nacional francesa controvertida en el litigio principal³¹ que preveía la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país con motivo únicamente de la irregularidad de su entrada o de su estancia en el territorio francés. De nuevo, el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva se opone a dicha normativa «en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país que, aunque se halle en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro y no esté dispuesto a abandonarlo voluntariamente, no está sujeto a medidas coercitivas como las que contempla el artículo 8 de la citada Directiva, no habiendo expirado, en el supuesto de internamiento con objeto de preparar y ejecutar su expulsión, el plazo máximo de duración de tal internamiento». ³² En ese asunto, el Sr. Achughbaban se encontraba en tal situación.

34. El razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en estos dos asuntos consiste en que la pena de prisión puede perjudicar la realización del objetivo pretendido por la Directiva y puede impedir la aplicación de las medidas previstas en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 y demorar la ejecución de la decisión de retorno. ³³

35. Por otra parte, el Tribunal de Justicia utilizó una formulación en cierto modo más amplia en la sentencia Achughbaban que en la sentencia El Dridi, al especificar que esa conclusión se aplica también a la *adopción* de una decisión de retorno. El Tribunal declaró que «la obligación impuesta a los Estados por el artículo 8 de dicha Directiva de proceder a la expulsión en las hipótesis recogidas en el apartado 1 de ese artículo debe cumplirse lo antes posible. Es obvio que no ocurriría así si, después de haber confirmado la situación irregular del nacional de un tercer país, el Estado miembro interesado hiciese que la ejecución de la decisión de retorno —o, incluso, la adopción misma de tal decisión—³⁴ viniese precedida por un procedimiento penal, seguido, en su caso, de una pena de prisión». ³⁵

36. La evolución entre las sentencias El Dridi y Achughbaban es destacable y la examinaré más adelante. ³⁶

37. Además, es interesante señalar que en la motivación y en el primer guion del fallo del Tribunal de Justicia no se hace ya referencia a los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115, a diferencia de lo que sucede en la sentencia El Dridi, sin que para mí estén claras las razones de esta forma de proceder. ³⁷ Volveré también sobre esta cuestión más adelante. ³⁸

30 — Sentencia Achughbaban (C-329/11, EU:C:2011:807).

31 — Un artículo del Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda).

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

33 — Véase la sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 59, y la sentencia Achughbaban (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 45. Una serie de autores han apreciado una cierta paradoja en ese razonamiento. Véanse, por ejemplo, Spitaleri, F.: «Il rimpatrio dell'immigrato in condizione irregolare: il difficile equilibrio tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell'Unione europea», en: S. Amadeo (ed.), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Turín, 2015 (próxima publicación), p. 17: «ricostruzioni abbastanza paradossali»; Leboeuf, L.: «La directive retour et la privation de liberté des étrangers. Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt El Dridi», en: *Revue du droit des étrangers*, 2011, pp. 181-191, especialmente p. 191: «Paradoxalement, l'objectif de gestion efficace des flux migratoires permet à la Cour de justice de s'opposer à la pénalisation du séjour irrégulier». Otros perciben incluso un cierto cinismo, véase Kauff-Gazin, F.: «La directive «retour» au secours des étrangers?: de quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011», en: *Europe* n° 6, junio de 2011, pp. 1-13, especialmente p. 12: «Cet argumentaire suscite la critique à la fois par son cynisme et par son manque d'audace». En mi opinión, es posible apreciar efectivamente esa paradoja si se presta atención a los presumibles intereses de las personas afectadas en lugar de a las obligaciones legales que se derivan de la Directiva para los Estados miembros. Con todo, los únicos intereses de las personas afectadas que la Directiva protege son las garantías de sus derechos fundamentales durante todo el procedimiento, que está supeditado al principio de proporcionalidad.

34 — La cursiva es mía.

35 — Véase la sentencia Achughbaban (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 45.

36 — En el punto 51 de las presentes conclusiones.

37 — Sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268). No obstante, posteriormente el Tribunal de Justicia se refirió, en la sentencia Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), apartado 36, y el auto Mbaye (C-522/11, EU:C:2013:190), apartado 28, a los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115 como parte de su razonamiento.

38 — En el punto 60 de las presentes conclusiones.

38. En la sentencia Sagor, el Tribunal afirmó que la pena de arresto domiciliario, impuesta y ejecutada en el curso de un procedimiento de retorno, «puede retrasar y, de ese modo, obstaculizar las medidas, como la conducción a la frontera y el retorno forzoso por vía aérea, que contribuyen a llevar a cabo la expulsión».³⁹

39. Ahora bien, la sentencia Achughbabian⁴⁰ no concluyó con la declaración antes citada. Aunque no existía ninguna relación con los hechos del procedimiento principal, el Tribunal de Justicia añadió que la Directiva 2008/115 no se opone a la 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 al que se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en [la Directiva 2008/115] y que se halle en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno».⁴¹

40. Procede señalar de nuevo que, por las circunstancias que concurrían, en los asuntos El Dridi⁴² y Achughbabian⁴³ no se habían aplicado plenamente los correspondientes procedimientos de retorno.⁴⁴

41. Posteriormente, en la sentencia Sagor, referente a una acción penal que podía conducir a una multa, el Tribunal de Justicia señaló que dicha multa no podía obstaculizar el procedimiento de retorno establecido por la Directiva 2008/115.⁴⁵ Añadió que «la imposición de una pena pecuniaria no impide de modo alguno que se *adopte*⁴⁶ y se ejecute una decisión de retorno con pleno cumplimiento de los requisitos enunciados en los artículos 6 a 8 de la Directiva 2008/115 y tampoco afecta a las normas comunes en materia de privación de libertad enunciadas en los artículos 15 y 16 de dicha Directiva».⁴⁷

42. El uso de la palabra «adopte» es revelador, puesto que pone de manifiesto que la obligación de adopción (objeto de controversia) de una orden de retorno es permanente. Demuestra asimismo que la distinción entre si un procedimiento de retorno está o no en curso es en realidad artificial. Aunque un procedimiento de retorno no esté en curso, deberá iniciarse cuando concurren los requisitos del artículo 6.

Pena de prisión como consecuencia del regreso

43. Volvamos al caso de autos.

44. El órgano jurisdiccional remitente ha constatado que el Sr. Celaj se encuentra en territorio italiano en situación irregular. Por lo tanto, la Directiva 2008/115 es aplicable en virtud de su artículo 2, apartado 1. Ninguna de las excepciones previstas en el artículo 2, apartados 2 y 3, son aplicables. En particular, nada indica que al Sr. Celaj se le haya denegado la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen.⁴⁸

39 — Sentencia Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), apartado 45.

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

41 — *Ibidem*, apartados 48 y 50 y segundo guion del fallo. A mi parecer, aunque este pasaje también forma parte del fallo, constituye claramente un *obiter dictum*, ya que no guarda relación con los hechos del asunto litigioso y se refiere a una situación hipotética.

42 — Sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

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

44 — Esta misma observación ha sido formulada por Picciché, F.: «Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato alla luce della Direttiva 2008/115/CE», en: *Rivista penale* 7-8-2012, pp. 712-715, especialmente p. 715.

45 — Sentencia Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), apartado 36.

46 — La cursiva es mía.

47 — Sentencia Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), apartado 36.

48 — 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 (Código de fronteras Schengen) (DO L 105, p. 1).

45. Ello plantea la cuestión de si, en el presente asunto, las autoridades italianas pueden imponer una pena de prisión al Sr. Celaj.

46. Los Gobiernos italiano, checo, alemán, griego, noruego y suizo, así como la Comisión consideran que pueden hacerlo. Estiman que los hechos del caso de autos pueden diferenciarse de los de los asuntos El Dridi y Achughbaban. Aunque sus argumentos difieren en algunos detalles, consideran que debe distinguirse entre la primera entrada de un nacional de un tercer país en el territorio de un Estado miembro y su entrada subsiguiente, una vez que se ha sustanciado un procedimiento de retorno. En el primer supuesto, el Estado miembro no tiene otra opción que aplicar la Directiva 2008/115, mientras que en el segundo supuesto puede solicitar la imposición de una pena de prisión con objeto de disuadir al nacional de un tercer país de volver a entrar ilegalmente en su territorio.

47. El órgano jurisdiccional remitente, por una parte, considera que carece de pertinencia la valoración de las diferencias conceptuales y estructurales entre las diversas situaciones en que puede hallarse un ciudadano extranjero en función de si su presencia en territorio nacional se debe a una entrada irregular o a una nueva entrada irregular tras una expulsión anterior.

48. Comparto el enfoque seguido por el órgano jurisdiccional remitente y manifiesto al Tribunal de Justicia que dicho enfoque está plenamente en consonancia con su jurisprudencia actual.

49. El objeto de la Directiva 2008/115, que se enuncia de forma expresa e inequívoca en su artículo 1, consiste en el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Los Estados miembros tienen la obligación permanente de iniciar un procedimiento de retorno dictando una decisión de retorno y a continuación deben tramitar dicho procedimiento con sujeción al principio de proporcionalidad.

50. La Directiva no establece distinciones en función del número de veces que un nacional de un tercer país intente entrar en el territorio de un Estado miembro y ello se debe a una buena razón: la entrada ilegal es, en primer lugar, y ante todo una cuestión sujeta a la legislación de la Unión en materia de entrada, como el Código de fronteras Schengen. Sin embargo, una vez que un nacional de un tercer país se encuentra en el territorio de un Estado miembro y se ha comprobado que se halla en situación irregular, debe ser objeto de una decisión de retorno.⁴⁹ Las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de los artículos 6 y siguientes de la Directiva 2008/115 son constantes, continuadas y se aplican sin interrupción en el sentido de que surgen automáticamente tan pronto como concurren los requisitos previstos en tales artículos. Si una vez que se demuestra que un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro, dicho Estado miembro no adopta una decisión de retorno sino que propicia el encarcelamiento de esa persona, suspendería efectivamente sus obligaciones derivadas de la Directiva.

51. El Tribunal de Justicia parece plenamente consciente de esta cuestión, tal como muestra la motivación de la sentencia Achughbaban,⁵⁰ en la que afirmó que la adopción de una decisión de retorno no debe venir precedida por una sanción penal.

52. El encarcelamiento de un nacional de un tercer país por causas distintas de las previstas en la Directiva equivale efectivamente a una suspensión temporal de la Directiva por parte del Estado miembro de que se trate. Propongo al Tribunal de Justicia apreciar que no hay margen para esa suspensión de la Directiva.

49 — Sin perjuicio, por supuesto, de las excepciones previstas en el artículo 6, apartados 2 a 5, de la Directiva 2008/115.

50 — Véase la sentencia Achughbaban (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 45, citada en el punto 34 de las presentes conclusiones.

Prohibición de entrada

53. ¿Cómo puede valorarse la existencia de una prohibición de entrada en este contexto?

54. La jurisprudencia en la materia es exigua y ofrece escasa orientación para el caso de autos.⁵¹

55. Según la Directiva, una prohibición de entrada es una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se prohíbe la entrada y la estancia en el territorio de los Estados miembros por un período de tiempo determinado.⁵² Tal como se desprende con claridad del artículo 11 de la Directiva 2008/115, la decisión de retorno irá acompañada de una prohibición de entrada. Por consiguiente, es meramente accesoria a la decisión de retorno.⁵³

56. La Directiva 2008/115 versa, como se ha indicado antes, sobre el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. La entrada en el territorio de la Unión Europea es, fundamentalmente y ante todo, una cuestión de la legislación del acervo de Schengen,⁵⁴ y en particular del Código de fronteras Schengen.⁵⁵ Por tanto, aunque las políticas de la Unión relativas a la entrada y al retorno están indisolublemente vinculadas, no debe pasarse por alto que están reguladas por instrumentos legales distintos. Así lo deja claro asimismo el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva, según el cual los Estados miembros podrán decidir no aplicar la Directiva a nacionales de terceros países a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen. También queda de manifiesto por la circunstancia de que sólo en un considerando⁵⁶ de la Directiva 2008/115, y no en una disposición preceptiva de la misma, se prevé que los Estados miembros deben poder acceder rápidamente a la información sobre prohibiciones de entrada expedidas por otros Estados miembros, añadiendo que este intercambio de información debe efectuarse de conformidad con el Reglamento SIS II.⁵⁷

57. El objetivo primordial de la Directiva 2008/115 no es prevenir las estancias irregulares, sino poner fin a las mismas.⁵⁸ Habida cuenta del carácter accesorio de la prohibición de entrada, las medidas por las que se sanciona su incumplimiento no pueden poner en peligro tal objetivo primordial. En otras palabras, el internamiento o encarcelamiento a fin de ejecutar una prohibición de entrada no deben perjudicar un futuro procedimiento de retorno.

58. Ello no implica que la prohibición de entrada no tenga ninguna finalidad desde el punto de vista de un Estado miembro: impedir a una persona que en el futuro vuelva a entrar legalmente en el territorio del Estado miembro puede disuadir a un nacional de un tercer país de regresar irregularmente a ese territorio. Así pues, la propia Directiva proporciona medios a los Estados miembros para disuadir a los nacionales de terceros países de volver a entrar de forma irregular en su territorio.

51 — Las cuestiones a las que el Tribunal de Justicia ha tenido que responder hasta el momento se han centrado en la limitación de la duración de una prohibición de entrada y la fecha de transposición de la Directiva; véase la sentencia *Filev y Osmani* (C-297/12, EU:C:2013:569).

52 — Véase el artículo 3, apartado 6, de la Directiva 2008/115. Hay que señalar que esto sólo se refiere a los Estados miembros que participan en el sistema de Schengen; véanse también los considerandos 25 y 26 de la Directiva 2008/115.

53 — Véase también Martucci, F.: «La directive «retour»: la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes», en: *Revue trimestrielle du droit européen*, 2009, pp. 47-67, especialmente p. 50.

54 — Para una visión general escueta, véanse las conclusiones de la Abogada General Sharpston en el asunto *Zh. y O.* (C-554/13, EU:C:2015:94), apartado 3 y ss. Véase también Peers, S.: *EU Justice and Home Affairs Law*, 3ª ed., Oxford, OUP 2011, pp. 136 y ss.

55 — Dicho Código especifica las categorías de personas a las que se les denegará la entrada y encomienda a los agentes de la guardia de fronteras el deber de evitar la entrada irregular de nacionales de terceros países; véase el artículo 13 del Código. Procede señalar, además, que este Código menciona en varias ocasiones las llamadas «descripciones en el SIS» (SIS = Sistema de Información de Schengen). La relación jurídica entre la denegación de entrada en virtud de dicha descripción y la prohibición de entrada conforme a la Directiva 2008/115 no está muy clara; véase también Boeles, P.: «Entry Bans and SIS-alerts», en: K. Zwaan (ed.), *The Returns Directive: central themes, problem issues and implementation in selected Member States*, WLP, Nijmegen, 2011, pp. 39-45, especialmente p. 44.

56 — Véase el considerando 18 de la Directiva 2008/115.

57 — Reglamento (CE) n.º 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, sobre el establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DO L 381, p. 4).

58 — Véase también Brunessen, B.: «La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau», en: *Revue des affaires européennes*, 2011/4, pp. 845-858, especialmente p. 854.

59. Sin embargo, una vez que un nacional de un tercer país haya entrado de nuevo (de forma irregular) en el territorio de un Estado miembro, serán aplicables las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de la Directiva.

Consideraciones finales

60. Desde cualquier punto de vista, el encarcelamiento de una persona demora en definitiva un futuro retorno. En este contexto debe entenderse la afirmación básica de que la Directiva no se opone a que el Derecho de un Estado miembro califique de delito la estancia irregular y establezca sanciones penales para disuadir y reprimir la comisión de tal infracción de las normas nacionales en materia de residencia.⁵⁹ Por lo tanto, el internamiento o encarcelamiento deben circunscribirse a internamientos por delitos no relacionados con la estancia irregular,⁶⁰ internamientos en las situaciones administrativas reguladas por el capítulo IV de la Directiva e internamientos a efectos de determinar la regularidad o irregularidad de una estancia.⁶¹ Las disposiciones del capítulo IV son de carácter exhaustivo en lo que se refiere al internamiento o encarcelamiento relacionados con una estancia cuya irregularidad se ha constatado. Por esta razón, estas disposiciones, en particular los artículos 15 y 16, tienen el efecto de que la Directiva se oponga a otras situaciones de internamiento o encarcelamiento.

61. Soy plenamente consciente de que la forma en que entiendo las disposiciones de la Directiva 2008/115 conduce a una interpretación estricta del segundo guion del fallo de la sentencia Achughbaban.⁶² Sin embargo, es la única posible interpretación compatible con las disposiciones de dicha Directiva.⁶³ En consecuencia, entiendo el segundo guion del fallo de la sentencia Achughbaban en el sentido de que sólo se refiere a las situaciones en que se ha tramitado sin éxito un procedimiento de retorno y la persona afectada *continúa* en situación irregular en el territorio del Estado miembro de que se trate sin que exista un motivo justificado para el no retorno.⁶⁴

62. Por último, debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual un órgano jurisdiccional nacional deberá, en el marco de su competencia, aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión garantizando su plena eficacia, y dejar inaplicadas las disposiciones del Derecho nacional que sean contrarias a la Directiva 2008/115.⁶⁵ Así pues, el órgano jurisdiccional remitente debe dejar inaplicado el artículo 13, apartado 13, del Decreto Legislativo n° 286/1998 en la medida en que prevé la imposición de una pena de prisión al Sr. Celaj por el único motivo de que, tras regresar a su país de origen, entró de nuevo en el territorio italiano.

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

60 — Obviamente, tales delitos quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

61 — Véase la sentencia Achughbaban (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 29. En el mismo sentido, con respecto a la primera parte del artículo 5, apartado 1, letra f), del CEDH, véase TEDH, sentencia Saadi c. Reino Unido [GC] de 29 de enero de 2008, n° 13229/03, § 65.

62 — Sentencia Achughbaban (C-329/11, EU:C:2011:807).

63 — Es siempre más difícil determinar el alcance exacto de un fundamento de Derecho cuando no guarda una relación directa con los hechos del asunto.

64 — Por ejemplo, si la persona afectada ha obstaculizado activamente el procedimiento de retorno para impedir que culmine con éxito, dándose a la fuga o de otro modo, y *continúa* en situación irregular, entonces dicho Estado miembro podrá disponer que esa persona sea enjuiciada y se le impongan sanciones penales.

65 — Sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 61 y jurisprudencia citada.

Conclusión

63. A la luz de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión planteada por el Tribunale di Firenze (Italia) del siguiente modo:

«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, en particular sus artículos 15 y 16, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que, tras regresar a su país de origen a raíz de un procedimiento de retorno previo, entró de nuevo en el territorio del Estado miembro.»