



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. YVES BOT  
presentadas el 26 de mayo de 2016\*

**Asunto C-218/15**

**Proceso penal  
contra  
Gianpaolo Paoletti y otros**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Campobasso (Tribunal de Campobasso, Italia)]

«Procedimiento prejudicial — Derechos fundamentales — Aplicación retroactiva de la ley penal más favorable — Efecto de la adhesión de Rumanía a la Unión Europea sobre el delito de ayuda a la inmigración clandestina en el territorio italiano cometido antes de la adhesión»

1. En el presente asunto se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie acerca del efecto de la adhesión de Rumanía a la Unión Europea sobre el delito de ayuda a la entrada y a la estancia irregulares de nacionales rumanos en el territorio italiano cometido antes de dicha adhesión. Más concretamente, el Tribunale ordinario di Campobasso (Tribunal de Campobasso, Italia) se pregunta si dicha adhesión, que tuvo lugar tras la comisión del delito y antes de que su autor fuera juzgado, tuvo el efecto de eliminar el delito de ayuda a la entrada y a la estancia irregulares en el territorio italiano.
2. En las presentes conclusiones expondré los motivos por los que considero que la adhesión de un Estado a la Unión, acontecida después de la comisión del delito de ayuda a la entrada y a la estancia irregulares de nacionales de dicho Estado en el territorio de un Estado miembro y antes de que su autor sea juzgado, no tiene por efecto eliminar tal delito.

## I. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

3. El artículo 49, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea\*\* tiene el siguiente tenor:

«Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, [cita] no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.»

\* Lengua original: francés.

\*\* En lo sucesivo, «Carta».

4. El artículo 1, apartado 1, de la 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,<sup>\*\*\*</sup> dispone que los Estados miembros adoptarán sanciones adecuadas «contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros», así como «contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros».

5. La Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, 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,<sup>\*\*\*\*</sup> establece, en su artículo 1, apartado 1, que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las infracciones definidas en los artículos 1 y 2 de la Directiva 2002/90[...] sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición». El artículo 1, apartado 2, de esta Decisión marco señala asimismo que, cuando proceda, dichas sanciones podrán ir acompañadas, en particular, de una medida de expulsión.

#### B. Derecho italiano

6. El artículo 25, párrafo segundo, de la Constitución prevé que nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho.

7. El artículo 2, párrafo primero, del Codice penale (Código penal) dispone que nadie podrá ser castigado por un hecho que, conforme a la ley vigente en el momento en que se cometió, no era constitutivo de delito. Según el artículo 2, párrafo segundo, de este Código, nadie podrá ser castigado por un hecho que, según una ley posterior, no sea constitutivo de delito. En caso de que se hubiera dictado una condena, se pondrá fin a su ejecución y a sus efectos penales.

8. El artículo 12, apartado 3, letras a) y d), del decreto legislativo n.º 286 — Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (Decreto Legislativo n.º 286, por el que se aprueba el texto único de las disposiciones reguladoras de la inmigración y de las normas sobre el estatuto del extranjero), de 25 de julio de 1998,<sup>\*\*\*\*\*</sup> en su versión modificada por la Ley n.º 94, de 15 de julio de 2009,<sup>\*\*\*\*\*</sup> establece que, salvo que los hechos sean constitutivos de un delito más grave, todo aquel que, infringiendo las disposiciones de este texto único, promueva, dirija, organice, financie o realice el transporte de extranjeros a Italia o lleve a cabo otros actos cuyo objeto sea permitirles entrar ilegalmente en Italia o en el territorio de otro Estado del que no son nacionales o en el que no disponen de permiso de residencia permanente será castigado con la pena de prisión de cinco a quince años y multa de 15 000 euros por cada persona cuando los hechos guarden relación con la entrada o la presencia ilegales en Italia de cinco o más personas o cuando los cometan tres o más personas que actúan conjuntamente, o utilizando servicios de transporte internacionales o documentos falsificados o alterados o, en cualquier caso, obtenidos de forma ilícita.

9. El artículo 12, apartado 3 *bis*, del Decreto n.º 286/1998 dispone que, cuando los hechos mencionados en el apartado 3 de este artículo se cometan adoptando dos o más de las conductas contempladas en las letras a) a e) de dicho apartado 3, la pena prevista en éste se incrementará.

<sup>\*\*\*</sup> DO 2002, L 328, p. 17.

<sup>\*\*\*\*</sup> DO 2002, L 328, p. 1.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> Suplemento ordinario de la GURI n.º 191, de 18 de agosto de 1998.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> GURI n.º 170, de 24 de julio de 2009, en lo sucesivo, «Decreto Legislativo n.º 286/1998».

## II. Hechos

10. Contra el Sr. Gianpaolo Paoletti y otras personas se incoó un proceso penal, entre otras cosas, por haber permitido la entrada ilegal de 30 nacionales rumanos antes de la adhesión de Rumanía a la Unión. Más concretamente, se les acusa de haber eludido de manera premeditada y fraudulenta las disposiciones que regulan el flujo de trabajadores extranjeros a fin de beneficiarse de la explotación intensiva y continuada de mano de obra extranjera barata, hechos constitutivos del delito mencionado en el artículo 12, apartados 3 y 3 *bis*, del Decreto Legislativo n.º 286/1998.

11. Así pues, el órgano jurisdiccional remitente puntualiza que los inculpados constituyeron en Pescara (Italia), Oma Srl, una sucursal ficticia de Api Construction SRL, sociedad con domicilio social en Bucarest (Rumanía). Solicitaron y obtuvieron de la Direzione Provinciale del Lavoro di Pescara (Dirección Provincial de Trabajo de Pescara, Italia) los permisos de trabajo y, posteriormente, los correspondientes permisos de residencia en el territorio italiano para 30 trabajadores rumanos en virtud del artículo 27, apartado 1, letra g), del Decreto Legislativo n.º 286/1998, que permite, a petición del empresario y fuera del contingente de trabajadores extranjeros previsto por la ley, la admisión temporal de trabajadores empleados por organizaciones o empresas que operan en el territorio italiano para el desempeño de funciones o tareas específicas por un tiempo limitado o determinado.

## III. Cuestiones prejudiciales

12. Al albergar dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunale ordinario di Campobasso (Tribunal de Campobasso) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Deben interpretarse el artículo 7 [del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950\*\*\*\*\*], el artículo 49 de la Carta [...] y el artículo 6 TUE en el sentido de que la adhesión de Rumanía a la Unión [...], acaecida el 1 de enero de 2007, entrañó la despenalización del delito tipificado y castigado por el artículo 12 del Decreto Legislativo n.º 286/1998 [...] relativo al favorecimiento de la inmigración y de la estancia de ciudadanos rumanos en Italia?
- 2) ¿Deben interpretarse tales artículos en el sentido de que se prohíbe al Estado miembro aplicar el principio de la retroactividad benigna (*in mitius*) a las personas que hubieran infringido el artículo 12 del Decreto Legislativo n.º 286/1998 [...] por haber favorecido la inmigración de ciudadanos rumanos antes del 1 de enero de 2007 (o de otra fecha posterior en la que surtiera plenos efectos el Tratado), fecha de entrada en vigor de la adhesión de Rumanía a la Unión Europea, hecho que ha dejado de ser constitutivo de delito a partir del 1 de enero de 2007?»

## IV. Examen

13. Mediante sus cuestiones prejudiciales, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si el artículo 7 del CEDH, el artículo 49 de la Carta y el artículo 6 TUE deben interpretarse en el sentido de que la adhesión de Rumanía a la Unión tiene por efecto eliminar el delito de ayuda a la entrada y a la estancia irregulares de nacionales rumanos en el territorio italiano cuando dichos nacionales han adquirido la ciudadanía de la Unión después de la comisión del delito y antes de que su autor sea juzgado.

\*\*\*\*\* En lo sucesivo, «CEDH».

14. El Gobierno italiano sostiene que debe declararse la inadmisibilidad de dichas cuestiones en la medida en que las disposiciones penales italianas de que se trata, a saber, la tipificación de la ayuda a la entrada ilegal de nacionales extranjeros en el territorio italiano, quedan excluidas del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Afirma que el tratamiento penal que se ha de dar a las conductas dirigidas a favorecer la inmigración ilegal de nacionales extranjeros no está regulado en el Derecho de la Unión. Por lo tanto, considera que, la normativa italiana pertinente en el presente asunto no constituye una medida de aplicación del Derecho de la Unión por la República italiana, por lo que la Carta no es aplicable.

15. Como recuerda acertadamente la Comisión Europea, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2002/90 dispone que los Estados miembros adoptarán sanciones adecuadas contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros así como contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros. Además, con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la Decisión marco 2002/946, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las infracciones definidas en los artículos 1 y 2 de la Directiva 2002/90 sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición.

16. Por lo tanto, procede observar que la normativa italiana pertinente en el presente asunto pretende, precisamente, cumplir las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión y, en consecuencia, aplicarlo.

17. Por consiguiente, no cabe duda de que la Carta resulta aplicable en el litigio principal.

18. En lo que se refiere a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, considero que puede responderse realizando un examen relativo a los elementos constitutivos del delito, y más concretamente en el presente asunto, a dos de ellos, a saber, el elemento jurídico y el elemento material.

19. En cuanto al elemento jurídico, según un principio generalmente aceptado, un delito basa su legitimidad en su necesidad. Es evidente que, una vez cumplido este requisito previo, para que el delito pueda ser considerado como tal, deberá cumplir otros requisitos igualmente esenciales, pero que no son sino consecuencia del primero. Este es el caso del requisito impuesto por el principio de legalidad, según lo expresó Beccaria, y de la exigencia de proporcionalidad de la sanción prevista. Sin embargo, ninguno de estos últimos requisitos merecería ser examinado si no fuera necesario legislar.

20. La potestad sancionadora corresponde a la autoridad pública, que está facultada para elaborar leyes. Esta última dispone de ella para prohibir las conductas que, en su opinión, suponen un menoscabo de los conceptos que considera esenciales ya sea desde el punto de vista de su moral social o de sus principios fundamentales de funcionamiento, es decir, aquellos actos que perjudican lo que habitualmente se denomina orden público.

21. Dicho esto, atendiendo a la naturaleza de los delitos cometidos por los acusados, es preciso determinar a cuál de los órdenes públicos afecta de forma prioritaria el delito cometido. ¿Se trata del orden público del Estado italiano o del de la Unión?

22. Desde mi punto de vista, no cabe duda de que en este caso se trata del orden público de la Unión. En efecto, la legislación penal italiana existe sólo como ejecución de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2002/90, según el cual los Estados miembros adoptarán sanciones adecuadas contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste,

vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros, completado por el artículo 1, apartado 1, de la Decisión marco 2002/946, que obliga a los Estados miembros a adoptar sanciones que conlleven una pena que permita aplicar una medida de extradición.

23. De esta forma, en el presente asunto, la legislación penal de los Estados miembros no hace sino respaldar una disposición imperativa de una norma que establece reglas comunes a los Estados miembros únicamente para garantizar su cumplimiento.

24. Pues bien, ¿para qué sirve dicha norma? Para proteger, en el marco del mercado interior, las normas específicas de la Unión que son únicamente aplicables a los ciudadanos de la Unión, es decir, para proteger un funcionamiento que pone en juego, combinándolos, libertades y conceptos tan fundamentales como la libertad de circulación, la libertad de establecimiento y la ciudadanía, a saber, los propios pilares de la construcción de la Unión. Se admite, sin dificultad la necesidad de esta legislación represiva.

25. De la exigencia prevista en la Decisión marco 2002/946, según la cual la sanción penal impuesta a los Estados miembros deberá permitir la extradición de los autores de la infracción y, en su caso, podrá estar acompañada de una medida de expulsión, puede extraerse una precisión aportada por el elemento jurídico del delito tal como debe ser concebido por los Estados miembros, de forma que permita determinar la gravedad que conlleva, desde el punto de vista del legislador, esta amenaza para el orden público. El deseo de que, atendiendo a cada situación concreta, se pueda bien juzgar al culpable que reside en el extranjero por la alteración causada al orden público de la Unión, bien proceder a su expulsión, demuestra hasta qué punto dicho orden público se ve alterado por este tipo de delito.

26. Por tanto, no cabe duda de que se trata del orden público de la Unión. Ahora bien, no encuentro ninguna disposición en la Directiva 2002/90 ni en ningún otro texto normativo que permita considerar que el acceso a una ciudadanía «completa» de la Unión debe, o incluso simplemente puede, implicar la desaparición del perjuicio causado a dicho orden público superior y como consecuencia, la del delito cometido por los inculpados, que se dedicaron a lo que, en lenguaje corriente, se denomina tráfico de mano de obra.

27. Resolver en sentido contrario equivaldría realmente a fomentar este tipo de tráfico desde el momento en que un Estado comience el proceso definitivo de adhesión a la Unión, ya que los traficantes tendrían la seguridad de gozar posteriormente de inmunidad. En tal caso, el objetivo logrado sería exactamente el opuesto a aquel que el legislador de la Unión pretende alcanzar.

28. Por último, procede señalar que el texto de la legislación penal italiana, de forma totalmente coherente con las obligaciones impuestas en las disposiciones de la Directiva 2002/90 y en las de la Decisión marco 2002/946, cuya aplicación efectiva garantiza, se refiere estrictamente a los pasadores de fronteras y no a las personas que hayan recurrido a este procedimiento.

29. A este respecto, resulta por lo tanto irrelevante que dichas personas hayan adquirido la condición de ciudadanos de la Unión o la totalidad de los derechos inherentes a dicha condición después de su entrada ilegal en el territorio de la Unión.

30. Además, cabe preguntarse cuál sería la justificación teórica de tal efecto.

31. Considero fuera de toda duda que no existe situación alguna en la que una modificación del Derecho de la Unión tenga como consecuencia el cese de una infracción del Derecho nacional, por la simple y evidente razón, ya expuesta, de que el texto nacional deriva del Derecho de la Unión y que únicamente la modificación de este último podría reflejarse en el Derecho nacional en cuestión. Pues bien, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2002/90 no ha sufrido modificación alguna y, como ya se ha indicado, no atribuye ninguna importancia al hecho de que la ciudadanía de la Unión se haya adquirido con posterioridad a la comisión del delito.



32. Asimismo, considero que se ha invocado en balde el principio de la retroactividad benigna (*in mitius*), al que parece remitir la referencia al artículo 49 de la Carta. En efecto, este principio es, en realidad, un mecanismo de aplicación sucesiva de leyes en el tiempo, como recuerda el propio tenor literal del artículo 49, apartado 1, de la Carta. Es pues necesario que exista una serie de leyes sucesivas relativas al mismo delito, lo que no ocurre en el presente asunto, ya que no se ha realizado ninguna modificación relativa a la tipificación o a la pena del delito.

33. De hecho, tal solución sólo podría resultar del hecho de que el delito de que se trata hubiera perdido su necesidad. Como se ha demostrado anteriormente, no es ése el caso en absoluto por lo que respecta a los pasadores de fronteras.

34. Con independencia de las consideraciones basadas en el orden público, existen otros elementos de análisis relacionados con la estructura jurídica del delito que abogan asimismo por que se rechace la tesis expuesta por los demandantes en el litigio principal.

35. Así pues, examinaré a continuación el segundo elemento constitutivo del delito, a saber, el elemento material.

36. La forma en que se ha realizado el elemento material del delito exige su clasificación en la categoría de delitos instantáneos. En efecto, la ayuda a la entrada se realiza materialmente cuando la persona que recurrió a los «pasadores de fronteras» ha cruzado la frontera exterior de la Unión y la ayuda a la estancia, en el momento en que se le entregan los documentos, obtenidos de forma fraudulenta, que le permiten aparentar que goza del derecho a disfrutar de las ventajas inherentes a la ciudadanía de la Unión o a la condición de trabajador extranjero en situación regular.

37. Habida cuenta de las fechas que constan en la resolución de remisión, los delitos que se imputan a los demandantes en el litigio principal se habían consumado plena y definitivamente en la fecha de entrada en vigor del Acta de adhesión de Rumanía a la Unión, que no supuso ninguna modificación del texto del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2002/90, texto de alcance general.

38. Desde mi punto de vista, este razonamiento se ve reforzado por la comparación con la situación específica de los nacionales rumanos que estaban cometiendo una infracción en el momento en que tuvo lugar este cambio decisivo de estatuto, infracción consistente en la estancia ilícita. En efecto, la diferencia es fundamental.

39. En este supuesto, el delito cometido por el nacional del antiguo tercer Estado es un delito continuado cuyo elemento material, a saber, el hecho de hallarse en un territorio en el que no debería estar, no finaliza mientras dicha situación se prolongue. Una de las consecuencias más evidentes del delito continuado es que el plazo de prescripción sólo comienza a correr desde el momento en que dicho delito finaliza.

40. Puesto que la nacionalidad se adquiere mientras se está cometiendo el delito, desaparece uno de los elementos de la caracterización específica de estancia ilegal aplicable únicamente al interesado, ya que es el elemento material todavía en curso e indivisible del delito el que se ve directamente afectado. En efecto, en la fecha de la adquisición de los plenos derechos de ciudadanía de la Unión, desaparece uno de los elementos constitutivos del delito continuado, a saber, el hecho de no ser ciudadano de pleno derecho de la Unión.

41. Por lo demás, por el mismo acontecimiento, el delito que únicamente se refería a los nacionales de un tercer Estado pierde su necesidad respecto de los nacionales rumanos, lo que justifica que tampoco se ejerciten acciones penales contra aquellos que, por ejemplo, hayan regresado a su Estado de origen pero respecto de los cuales el citado delito aún no haya prescrito.

42. A la luz de todas estas consideraciones, considero que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2002/90, el artículo 1, apartado 1, de la Decisión marco 2002/946 y el artículo 49 de la Carta deben interpretarse en el sentido de que la adhesión de un Estado a la Unión, acaecida tras la comisión del delito de ayuda a la entrada y a la estancia irregulares de nacionales de ese Estado en el territorio de un Estado miembro y antes de que su autor sea juzgado, no comporta la eliminación de dicho delito.

## V. Conclusión

43. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo al Tribunale ordinario di Campobasso (Tribunal de Campobasso, Italia):

«El artículo 1, apartado 1, de la 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, el artículo 1, apartado 1, de la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, 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, y el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que la adhesión de un Estado a la Unión Europea, acaecida tras la comisión del delito de ayuda a la entrada y a la estancia irregulares de nacionales de ese Estado en el territorio de un Estado miembro y antes de que su autor sea juzgado, no comporta la eliminación de dicho delito.»