



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 6 de diciembre de 2012*

«Espacio de libertad, seguridad y justicia — Directiva 2008/115/CE — Normas y procedimientos comunes en materia de retorno de nacionales de países terceros en situación irregular — Normativa nacional que establece una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión o por una pena de arresto domiciliario»

En el asunto C-430/11,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale di Rovigo (Italia), mediante resolución de 15 de julio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de agosto de 2011, en el procedimiento penal contra

Md Sagor,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. A. Tizzano, Presidente de Sala, y los Sres. M. Ilešič (Ponente), E. Levits, J.-J. Kasel y M. Safjan, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mazák;

Secretario: Sr. M. Aleksejev, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 13 de septiembre de 2012;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Sr. Sagor, por la Sra. C. Tessarin y el Sr. L. Masera, avvocati;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. F. Urbani Neri, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. T. Henze y N. Graf Vitzthum, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. B. Koopman, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. M. Condou-Durande y el Sr. L. Prete, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

* Lengua de procedimiento: italiano.

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, p. 98), y del artículo 4 TUE, apartado 3.
- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un procedimiento incoado contra el Sr. Sagor en relación con su situación irregular en territorio italiano.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

- 3 El artículo 2 de la Directiva 2008/115, titulado «Ámbito de aplicación», establece:

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

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

a) a los que se deniegue la entrada [...] o que sean [...] interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores [...] de un 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.

[...]»
- 4 El artículo 3 de dicha Directiva, titulado «Definiciones», establece:

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

[...]

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

[...]».
- 5 Conforme al artículo 4, apartado 3, de la misma Directiva:

«La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva.»

6 Los artículos 6 a 8 de la Directiva 2008/115 disponen:

«Artículo 6

Decisión de retorno

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

[...]

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

Artículo 7

Salida voluntaria

1. La decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4. [...]

[...]

4. Si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria [...].

Artículo 8

Expulsión

1. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7.

[...]

3. Los Estados miembros podrán adoptar por separado una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se ordene la expulsión.

[...]»

7 El artículo 11 de la citada Directiva, titulado «Prohibición de entrada», dispone:

«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.

[...]»

8 Los artículos 15 y 16 de la misma Directiva tienen el siguiente tenor:

«Artículo 15

Internamiento

1. Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, especialmente cuando:

- a) haya riesgo de fuga, o
- b) el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión.

[...]

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

[...]

Artículo 16

Condiciones del internamiento

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

[...]»

9 De conformidad con el artículo 20 de la Directiva 2008/115, los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 24 de diciembre de 2010.

Derecho italiano

Decreto Legislativo n° 286/1998

- 10 El Decreto Legislativo n° 286, de 25 de julio de 1998, que aprueba el texto único de las disposiciones reguladoras de la inmigración y de las reglas sobre el estatuto del extranjero (Suplemento Ordinario de la GURI n° 191, de 18 de agosto de 1998; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo n° 286/1998»), refunde las normas aplicables en la República Italiana en materia de inmigración.
- 11 Dicho Decreto fue modificado, en particular, por la Ley n° 94, de 15 de julio de 2009, de disposiciones en materia de seguridad pública (Suplemento Ordinario de la GURI n° 170, de 24 de julio de 2009), y por el Decreto-ley n° 89/2011, de 23 de junio de 2011, de disposiciones urgentes para la aplicación de la Directiva 2004/38/CE sobre la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y para la transposición de la Directiva 2008/115/CE sobre el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (GURI n° 144, de 23 de junio de 2011), convertido en Ley mediante la Ley n° 129 de 2 de agosto de 2011 (GURI n° 181, de 5 de agosto de 2011).
- 12 El artículo 6, apartado 3, del Decreto Legislativo n° 286/1998 dispone:
- «El extranjero que [...], sin motivo justificado, incumpla la orden de presentar su pasaporte u otro documento de identificación y su permiso de residencia u otro documento que acredite su presencia regular en el territorio nacional, será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta un año y con una multa de hasta 2.000 euros.»
- 13 El artículo 10 *bis* de dicho Decreto Legislativo dispone:
- «1. Salvo que los hechos sean constitutivos de un delito más grave, el extranjero que entre o permanezca en el territorio del Estado incumpliendo las disposiciones del presente texto único [...], será sancionado con una multa de 5.000 a 10.000 euros. [...]
- [...]
4. A efectos de la ejecución de la expulsión del extranjero denunciado en virtud del apartado 1, no será necesario que la autoridad jurisdiccional competente para determinar la existencia de dicho delito expida la autorización prevista al artículo 13, apartado 3. El questore comunicará la ejecución de la expulsión [...] a la autoridad jurisdiccional competente para determinar la existencia del delito.
5. El juez, tras tomar conocimiento de la ejecución de la expulsión [...] dictará una sentencia de sobreseimiento [...]
- [...]».
- 14 El artículo 13 del mismo Decreto Legislativo establece, bajo el título «Expulsión administrativa»:
- «[...]»
2. El prefecto acordará la expulsión, caso por caso, cuando el extranjero:
- [...]
- b) permanezca en el territorio del Estado [...] sin solicitar el permiso de residencia en el plazo señalado [...]

[...]

3. La resolución de expulsión se adoptará en todo caso mediante decreto motivado que será de ejecución inmediata, incluso aunque el interesado impugne dicha medida. Cuando se haya incoado un procedimiento penal contra el extranjero y éste no se encuentre en prisión provisional, el questore solicitará a la autoridad judicial, antes de ejecutar la expulsión, la autorización para ejecutar dicha expulsión [...]. Una vez obtenida la autorización, el questore procederá a la expulsión según lo previsto en el apartado 4. [...] Hasta que se adopte la resolución sobre dicha solicitud de autorización, el questore podrá ordenar el ingreso del extranjero en un centro de internamiento temporal, con arreglo al artículo 14.

[...]

4. El questore llevará a cabo la expulsión con conducción hasta la frontera por las fuerzas del orden:

- a) en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2, letra c), del presente artículo [...]
- b) si existe el riesgo de fuga contemplado en el apartado 4 *bis* [...]

[...]

f) en los supuestos contemplados en los artículos 15 y 16 y en los otros supuestos en que se prevea la expulsión del extranjero como sanción penal o como consecuencia de una sanción penal; [...]

[...]

4 *bis* Existirá el riesgo de fuga mencionado en el apartado 4, letra b), cuando concurra al menos una de las circunstancias siguientes sobre cuya base el prefecto apreciará, caso por caso, el riesgo de que el nacional extranjero pueda sustraerse a la ejecución voluntaria de la decisión de expulsión:

- a) falta de pasaporte o de cualquier otro documento equivalente en vigor;

[...]

5. El extranjero destinatario de una medida de expulsión, si no concurren los requisitos para la conducción inmediata hasta la frontera previstos en el apartado 4, podrá solicitar al prefecto, a efectos de la ejecución de la expulsión, que le conceda un plazo para abandonar el territorio voluntariamente [...]. La questura, una vez obtenida la prueba del retorno efectivo del nacional extranjero, informará a la autoridad judicial competente para determinar la comisión del delito previsto en el artículo 10 *bis*, a los efectos previstos en el apartado 5 de dicho artículo [...].»

15 El artículo 14, apartado 1, del Decreto Legislativo n° 286/1998 establece:

«Cuando no sea posible ejecutar inmediatamente la expulsión con conducción a la frontera o la devolución, debido a situaciones transitorias que impidan preparar el retorno o la expulsión, el questore acordará el internamiento del extranjero durante el tiempo estrictamente necesario en el centro de internamiento más próximo [...].»

- 16 El artículo 16 del mencionado Decreto Legislativo, titulado «Expulsión como sanción sustitutiva de la reclusión», dispone en su apartado 1:

«Cuando el juez [...] dicte una condena por el delito previsto en el artículo 10 *bis*, y no concurran las causas contempladas en el artículo 14, apartado 1, del presente texto único, que impiden la ejecución inmediata de la expulsión con conducción hasta la frontera por las fuerzas del orden, podrá sustituir la sanción con una medida de expulsión por un período de al menos cinco años [...].»

Decreto Legislativo n° 274/2000

- 17 El Decreto Legislativo n° 274/2000, sobre disposiciones acerca de la competencia del juez de paz en materia penal, con arreglo al artículo 14 de la Ley n° 468 de 24 de noviembre de 1999 (Suplemento Ordinario de la GURI n° 234, de 10 de octubre de 2000), en su versión aplicable a los hechos del litigio principal (en lo sucesivo, «Decreto Legislativo n° 274/2000»), establece en su artículo 6, apartado 2:

«Cuando, en el supuesto de procedimientos conexos, algunos de éstos estén comprendidos en el ámbito de las competencias del juez de paz y otros en el ámbito de las competencias de la corte di assise o del tribunale, el órgano jurisdiccional de rango superior será competente para conocer todos los procedimientos.»

- 18 El artículo 53 del citado Decreto Legislativo, titulado «Arresto domiciliario», establece:

«1. La pena del arresto domiciliario implicará la obligación de permanecer el sábado y el domingo en el domicilio o en cualquier otro lugar de residencia privada o en un centro de atención, de asistencia o de acogida; el juez, habida cuenta de las exigencias familiares, laborales, de estudios o de salud del condenado, podrá ordenar que la pena se ejecute durante días distintos de la semana o, a petición del condenado, de modo continuo.

2. La duración del arresto domiciliario no podrá ser inferior a seis días ni superior a 45 días; el condenado no será considerado recluso.»

- 19 El artículo 55 del Decreto Legislativo n° 274/2000 establece, bajo el título «Conversión de las penas pecuniarias»:

«1. Por lo que respecta a los delitos comprendidos en la competencia del juez de paz, si la sanción pecuniaria no se ejecuta debido a la insolvencia del condenado, se convertirá, a petición de éste, en un trabajo que deberá desarrollarse durante un período de entre uno a seis meses [...].

[...]

5. Si el citado condenado no solicita realizar un trabajo sustitutivo de la sanción pecuniaria, las sanciones pecuniarias no ejecutadas por su insolvencia se convertirán en arresto domiciliario, según lo previsto en el artículo 53, apartado 1 [...]

6. A efectos de la conversión, [...] la duración del arresto no podrá ser superior a 45 días.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 20 El 13 de agosto de 2009, en Rosolina Mare (Italia), un individuo interrogado por la policía declaró que se llamaba Md Sagor y que había nacido el 10 de octubre de 1990 en Bangladesh.

- 21 Tras examinarse la situación del Sr. Sagor se comprobó que el interesado, que carece de domicilio fijo en Italia y que trabaja como vendedor ambulante en ese país, no posee ni ha poseído en ningún momento un permiso de residencia. Con arreglo a la diligencia practicada por la policía, el Sr. Sagor declaró que había entrado en territorio italiano en marzo de 2009.
- 22 El 22 de julio de 2010, el Sr. Sagor fue citado a comparecer ante el Tribunale di Rovigo para responder del delito de entrada o situación irregular previsto en el artículo 10 *bis* del Decreto Legislativo n° 286/1998, y del delito contemplado en el artículo 6, apartado 3, del mismo Decreto Legislativo.
- 23 En opinión de ese órgano jurisdiccional, no quedó acreditado que el Sr. Sagor hubiera entrado en Italia de modo irregular. Concretamente, no quedó demostrado de modo suficiente en Derecho que el interesado hubiera eludido los controles fronterizos.
- 24 Por el contrario, dicho órgano jurisdiccional declaró que el delito de situación irregular había quedado debidamente probado y, además, que era competente para conocer del mismo. El delito contemplado en el artículo 10 *bis* del Decreto Legislativo n° 286/1998 está ciertamente incluido en la competencia del juez de paz. No obstante, al ser ese delito conexo con el delito contemplado en el artículo 6, apartado 3, del mismo Decreto Legislativo, que está incluido en la competencia de los tribunales, el Tribunale di Rovigo es competente para juzgar al Sr. Sagor.
- 25 El 22 de febrero de 2011, se archivó el procedimiento contra el Sr. Sagor en la parte relativa al delito contemplado en el mencionado artículo 6, apartado 3.
- 26 Al deber, en principio, sancionar la situación irregular del Sr. Sagor con la pena establecida por el artículo 10 *bis* del Decreto Legislativo n° 286/1998, pero albergar dudas acerca de la compatibilidad de dicha normativa nacional con el Derecho de la Unión, el 15 de julio de 2011, el Tribunale di Rovigo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿se oponen los artículos 2, 4, 6, 7 y 8 de la [Directiva 2008/115] a que un nacional de un tercer país que se encuentra en una situación irregular en un Estado miembro pueda ser sancionado con una pena pecuniaria, sustituida por el arresto domiciliario como sanción penal, por la mera entrada y situación irregular, incluso antes del incumplimiento de una orden de expulsión dictada por la autoridad administrativa?
 - 2) A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿se oponen los artículos 2, 15 y 16 de la [Directiva 2008/115] a que, tras la adopción de [esa] Directiva, un Estado miembro pueda adoptar una norma por la que se sanciona a un nacional de un tercer país que se encuentra en una situación irregular en el Estado miembro con una pena pecuniaria, sustituida por una expulsión de ejecución inmediata como sanción penal, sin que se siga el procedimiento ni se respeten los derechos del extranjero que establece la [citada] Directiva?
 - 3) ¿Se opone el principio de cooperación leal que establece el artículo 4 TUE, apartado 3, a la aplicación de una norma nacional adoptada antes del vencimiento del plazo para la transposición de [la misma] Directiva para eludir o, en cualquier caso, limitar el ámbito de aplicación de la Directiva? ¿Qué medidas debe adoptar el juez nacional si constata dicha finalidad?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda

- 27 Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de terceros países con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión o por una pena de arresto domiciliario.

Sobre la admisibilidad

- 28 El Gobierno italiano considera que dichas cuestiones son hipotéticas en el asunto principal y, en consecuencia, inadmisibles. En su opinión, se basan en la premisa de que el Sr. Sagor es insolvente y, por otro lado, en que no está interesado en un trabajo sustitutivo de la pena de multa una vez se imponga ésta. Sostiene que, como no ha quedado acreditada la exactitud de dicha premisa, resulta prematura la iniciativa del órgano jurisdiccional remitente de pedir una interpretación de la Directiva 2008/115 que le permita pronunciarse acerca de la legalidad de la pena de multa y de su conversión en pena de expulsión o en pena de arresto domiciliario.
- 29 Debe rechazarse dicha alegación. En efecto, el hecho de que el Sr. Sagor no haya sido condenado hasta la fecha a la pena de multa prevista por el artículo 10 *bis* del Decreto Legislativo n° 286/1998 y que, en consecuencia, aún no resulte posible saber si, en el supuesto en que se imponga tal pena, se cumplirán los requisitos para convertir ésta en un pena de expulsión o en una pena de arresto domiciliario, se debe precisamente a que el órgano jurisdiccional remitente se pregunta acerca de la compatibilidad de esas distintas sanciones con el Derecho de la Unión y se abstiene, por tanto, de imponerlas debido a la falta de claridad al respecto. En la resolución de remisión se expone que en el presente asunto está demostrada la existencia del delito de situación irregular y que deberá aplicarse al Sr. Sagor el mecanismo de sanción que establece la normativa controvertida en el asunto principal, siempre que sea compatible con el Derecho de la Unión. De ello se desprende que dicha normativa y la cuestión de su compatibilidad con el Derecho de la Unión son pertinentes en el asunto principal (véase, por analogía, la sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbaban, C-329/11, Rec. p. I-12695, apartado 42).
- 30 Las cuestiones planteadas son, por tanto, admisibles.

Sobre la pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión

- 31 La Directiva 2008/115 sólo versa sobre el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran en situación irregular y, por tanto, no tiene por objeto armonizar totalmente las normas de los Estados miembros en materia de residencia de extranjeros. Por consiguiente, dicha Directiva no se opone a que el Derecho de un Estado miembro califique de delito la situación irregular y establezca sanciones penales para disuadir de la comisión de dicha infracción y para reprimirla (sentencia Achughbaban, antes citada, apartado 28).
- 32 No obstante, un Estado miembro no puede aplicar una normativa penal que pueda menoscabar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y privar a ésta de su efecto útil (véanse las sentencias de 28 de abril de 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, Rec. p. I-3015, apartado 55, y Achughbaban, antes citada, apartado 39).

- 33 El Tribunal de Justicia ya ha declarado que se menoscabarían dichas normas y procedimientos si, tras constatar la situación irregular del nacional de un país tercero, el Estado miembro interesado hiciese que la ejecución de la decisión de retorno, o incluso la propia adopción de dicha decisión, viniese precedida por el ejercicio de una acción penal que pudiera conducir a una pena privativa de libertad en el transcurso del procedimiento de retorno. En efecto, ese trámite podría retrasar la expulsión (véanse las sentencias antes citadas *El Dridi*, apartado 59, y *Achughbajian*, apartados 37 a 39 y 45).
- 34 Pues bien, como señalaron los Gobiernos italiano, alemán y neerlandés, una normativa que establece, en circunstancias como las contempladas por el Decreto Legislativo n° 286/1998, el ejercicio de una acción penal que puede conducir a una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión produce efectos sensiblemente distintos de los de una normativa que establece el ejercicio de una acción penal que puede conducir a una pena privativa de libertad en el transcurso del procedimiento de retorno.
- 35 A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que la adopción y la ejecución de las medidas de retorno contempladas por la Directiva 2008/115 no se ven retrasadas, u obstaculizadas de otro modo, por el hecho de que esté pendiente una acción penal como la prevista por el Decreto Legislativo n° 286/1998. En efecto, el retorno previsto por los artículos 13 y 14 del citado Decreto Legislativo puede realizarse con independencia de dicha acción penal y sin que ésta llegue a término. Tal constatación se ve corroborada por el artículo 10 *bis*, apartado 5, del Decreto Legislativo mencionado, con arreglo al cual el juez debe, tras tomar conocimiento del retorno del interesado, dar por concluido el procedimiento penal mediante una sentencia de sobreseimiento.
- 36 En segundo lugar, procede señalar que la eventualidad de que la citada acción penal conduzca a una pena de multa tampoco puede obstaculizar el procedimiento de retorno establecido por la Directiva 2008/115. En efecto, la imposición de una pena pecuniaria no impide de modo alguno que se adopte 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.
- 37 En tercer lugar, por lo que atañe a la facultad de que goza el juez penal de sustituir la pena de multa por una pena de expulsión acompañada de una prohibición de entrada de al menos cinco años, del artículo 16, apartado 1, del Decreto Legislativo n° 286/1998 se desprende que el legislador italiano restringió dicha facultad a los supuestos en los que puede realizarse inmediatamente el retorno del interesado.
- 38 Procede declarar que la Directiva 2008/115 tampoco prohíbe dicha facultad.
- 39 En efecto, como corrobora la definición flexible del concepto de «decisión de retorno» que figura en el artículo 3, punto 4, de dicha Directiva, ésta no se opone a que la decisión que impone la obligación de retorno se adopte, en determinados supuestos establecidos por el Estado miembro de que se trate, bajo la forma de una resolución judicial de carácter penal. Del mismo modo, nada en la Directiva 2008/115 se opone a que la expulsión contemplada en el artículo 8, apartado 1, de dicha Directiva se lleve a cabo en el marco de un procedimiento penal. Por otra parte, la circunstancia de que una pena de expulsión, como la prevista en la normativa controvertida en el litigio principal, implique una obligación de retorno de ejecución inmediata y no exija, por tanto, la posterior adopción de una decisión separada de expulsión del interesado, tampoco va en contra de las normas y procedimientos establecidos por la Directiva 2008/115, como demuestran el tenor del artículo 6, apartado 6, de dicha Directiva y el término «podrán» utilizado en el artículo 8, apartado 3, de ésta.
- 40 Ciertamente es, como señaló la Comisión Europea, que una pena de expulsión como la prevista por la normativa controvertida en el litigio principal se caracteriza por la falta de cualquier posibilidad de que se conceda al interesado un plazo para la salida voluntaria en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2008/115.

- 41 No obstante, procede señalar, al respecto, que el apartado 4 de dicho artículo 7 permite a los Estados miembros abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, en particular, cuando existe un riesgo de que el interesado se evada para sustraerse al procedimiento de retorno. Cualquier apreciación a este respecto deberá basarse en un examen individual del caso del interesado.
- 42 Por último, procede señalar que, para que una disposición con la redacción del artículo 16 del Decreto Legislativo n° 286/1998 sea conforme con la Directiva 2008/115, aquélla debe aplicarse de modo que la duración de la prohibición de entrada que impone corresponda con la prevista en el artículo 11, apartado 2, de dicha Directiva.

Sobre la pena de multa que puede ser sustituida por un pena de arresto domiciliario

- 43 Tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en la Directiva 2008/115 se deriva que la obligación impuesta a los Estados por el artículo 8 de dicha Directiva de proceder a la expulsión debe cumplirse lo antes posible (sentencia Achughbaban, antes citada, apartado 45).
- 44 Es evidente que la imposición y la ejecución de una pena de arresto domiciliario en el curso del procedimiento de retorno regulado en la Directiva 2008/115 no contribuyen a que se lleve a cabo la expulsión que dicho procedimiento persigue, esto es, a que se traslade físicamente al interesado fuera del Estado miembro de que se trata. Por tanto, dicha pena no constituye una «medida» o una «medida coercitiva» en el sentido del artículo 8 de la Directiva 2008/115 (véase, por analogía, la sentencia Achughbaban, antes citada, apartado 37).
- 45 Además, la pena de arresto domiciliario 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. Dicho riesgo de menoscabar el procedimiento de retorno existe en particular si la normativa aplicable no establece que la ejecución de una pena de arresto domiciliario impuesta al nacional de un país tercero en situación irregular debe terminar tan pronto como sea posible llevar a cabo la expulsión de dicha persona.
- 46 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si existe, en la normativa nacional, una disposición que haga prevalecer la expulsión sobre la ejecución de la pena de arresto domiciliario. Si no existe dicha disposición, procede llegar a la conclusión de que la Directiva 2008/115 se opone a que un mecanismo de sustitución de una pena de multa por una pena de arresto domiciliario, como el que establecen los artículos 53 y 55 del Decreto Legislativo n° 274/2000, se aplique a nacionales de países terceros en situación irregular.
- 47 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones primera y segunda que la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que:
- no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión, y
 - se opone a una normativa de un Estado miembro que permite sancionar la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro.

Sobre la tercera cuestión

- 48 Si, basándose en la respuesta dada a las cuestiones primera y segunda y a raíz de las comprobaciones descritas en los apartados 41 y 46 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que el presente asunto no corresponde a una de las situaciones contempladas en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2008/115 y que, por tanto, no puede utilizarse la facultad que ofrece el artículo 16 del Decreto Legislativo n° 286/1998, o llega a la conclusión de que la Directiva 2008/115 se opone a la aplicación, a los nacionales de países terceros en situación irregular, de los artículos 53 y 55 del Decreto Legislativo n° 274/2000, le corresponde dejar sin aplicación dichas disposiciones de Derecho nacional (véase, por analogía, la sentencia *El Dridi*, antes citada, apartado 61).
- 49 Habida cuenta de esta aclaración, ya no resulta necesario responder a la tercera cuestión planteada.

Costas

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

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

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, debe interpretarse en el sentido de que:

- **no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión, y**
- **se opone a una normativa de un Estado miembro que permite sancionar la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro.**

Firmas