

## OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL

SR. JÁN MAZÁK

presentada el 1 de abril de 2011<sup>1</sup>

1. La Corte d'appello di Trento (Italia) ha planteado al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales sobre 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,<sup>2</sup> redactadas como sigue:

«A la luz de los principios de cooperación leal para el efecto útil de conseguir los objetivos de la Directiva, así como de los principios de proporcionalidad, adecuación y racionalidad de la pena, ¿se oponen los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115/CE:

2) a la posibilidad de que se castigue con una pena de hasta cuatro años de prisión la mera falta de cooperación del interesado en el procedimiento de expulsión y, en particular, [en] el supuesto del incumplimiento de la primera orden de expulsión dictada por la autoridad administrativa?»

2. El tribunal remitente estima que la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones planteadas es necesaria para poder resolver el recurso interpuesto por el Sr. El Dridi, nacional de un tercer país en situación irregular en Italia, contra la sentencia dictada por el Tribunale di Trento (Italia) que le condenó a una pena de un año de prisión por el delito, constatado el 29 de septiembre de 2010, consistente en no haber dado cumplimiento a la orden del Questore<sup>3</sup> de salir del territorio del Estado en un plazo de cinco días.

1) a la posibilidad de que se sancione penalmente la infracción de una fase intermedia del procedimiento administrativo de retorno, antes de que éste concluya mediante el recurso en su caso al máximo rigor posible en materia de coerción administrativa;

3. Con más precisión, se trata de una orden de expulsión dictada por el Questore de Udine, el 21 de mayo de 2010, en aplicación de un decreto de expulsión del Prefecto de Turín de 8 de mayo de 2004 y que fue notificada al Sr. El Dridi al ser puesto en libertad una vez cumplida la elevada pena a la que había sido

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 348, p. 98.

3 — Se trata de una alta autoridad de policía local.

condenado por delitos cometidos en materia de estupefacientes. El Questore motivó esa orden de expulsión por la imposibilidad de conducir a la frontera al Sr. El Dridi a causa de la indisponibilidad del transportista o de otros medios de transporte, la falta de documentos de identificación y la imposibilidad de alojarle en un centro de internamiento por falta de plazas.

4. De la resolución de remisión resulta que el Sr. El Dridi está privado de libertad porque se le acusa del delito mencionado. Por esa razón, a instancia del tribunal remitente el Tribunal de Justicia ha decidido, conforme al artículo 267 TFUE, párrafo cuarto, tramitar esta petición de decisión prejudicial por el procedimiento de urgencia.

5. Han presentado observaciones escritas al Tribunal de Justicia el Sr. El Dridi, el Gobierno italiano y la Comisión Europea. Todos ellos estuvieron representados en la vista celebrada el 30 de marzo de 2011.

6. El Sr. El Dridi propuso al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones planteadas que los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115, que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, se oponen a la posibilidad de que un Estado miembro sancione con una pena de prisión el incumplimiento de una orden de expulsión dictada

contra un nacional de un tercer país en un procedimiento administrativo de retorno.

7. La Comisión ha propuesto una respuesta casi idéntica. Añade que no sólo los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115 sino también los artículos 7, apartado 1, y 8, apartado 1, de la misma Directiva se oponen a la normativa nacional de que se trata.

8. Con opinión opuesta, el Gobierno italiano ha propuesto al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones planteadas que la Directiva 2008/115 y el principio comunitario de cooperación leal con vistas al efecto útil no se oponen a la normativa nacional en cuestión, si la orden de expulsión, según la apreciación concreta del juez, es conforme con las disposiciones de esa Directiva.

## **Marco jurídico**

### *Directiva 2008/115*

9. La Directiva 2008/115 tiene como objetivo, según resulta de sus considerandos segundo y vigésimo así como de su artículo 1,

establecer normas comunes aplicables al retorno, a la expulsión, al uso de medidas coercitivas, al internamiento y a las prohibiciones de entrada de los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro, normas que han de servir como fundamento de una política eficaz de expulsión.

10. El artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115 atribuye a los Estados miembros la facultad de decidir no aplicar dicha Directiva a los nacionales de terceros países 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.

11. Conforme al décimo considerando de la Directiva 2008/115, a tenor del cual debe preferirse el retorno voluntario al forzoso de los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro, el artículo 7 de la misma Directiva, titulado «Salida voluntaria», prevé lo siguiente:

«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, o podrán conceder un periodo inferior a siete días.»

12. El artículo 8 de la Directiva 2008/115, titulado «Expulsión», está redactado como sigue:

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

[...]

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

respeto a la dignidad y la integridad física del nacional de un tercer país de que se trate.

[...]

13. El artículo 15 de la Directiva 2008/115, que figura en el capítulo relativo al internamiento a efectos de expulsión y se titula «Internamiento», tiene la siguiente redacción:

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

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

Cualquier internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión.

[...]

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

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

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

- a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o
- b) demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.»

14. El artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2008/115 dispone que, 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.

15. Según el artículo 20 de la Directiva 2008/115, los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la propia Directiva, con la excepción de su artículo 13, apartado 4, a más tardar, el 24 de diciembre de 2010.

### *Normativa nacional*

16. Al 24 de diciembre de 2010 la República Italiana no había adoptado las disposiciones legislativas previstas por la Directiva 2008/115.

17. La materia de inmigración se rige por el Decreto Legislativo n° 286/1998, 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 (en lo sucesivo, «Decreto Legislativo n° 286/1998»).

18. El artículo 13 del Decreto Legislativo n° 286/1998, titulado «Expulsión administrativa», dispone lo siguiente:

«1. El Ministro del Interior podrá acordar la expulsión del extranjero, incluso si no es residente en el territorio del Estado, por razones de orden público y de seguridad del Estado [...].

2. El Prefecto acordará la expulsión cuando el extranjero:

- a) haya entrado en el territorio del Estado eludiendo los controles fronterizos y no le haya sido denegada la entrada en la frontera conforme al artículo 10;
- b) haya permanecido en el territorio del Estado sin la comunicación prevista en el artículo 27, apartado 1 *bis*, o sin solicitar permiso de residencia dentro del plazo prescrito, salvo si esa demora se debe a un caso de fuerza mayor, o a pesar de la revocación o la anulación del permiso de residencia, o también sin solicitar su renovación transcurridos más 60 días desde su expiración. [...]

[...]

4. La expulsión se ejecutará en cualquier caso por el Questore mediante la conducción a la frontera por las fuerzas de orden público, salvo en los supuestos enumerados en el apartado 5.

5. Cuando el extranjero haya permanecido en el territorio del Estado pese a haber transcurrido más de sesenta días desde la expiración de su permiso de residencia y no haya solicitado su renovación, la decisión de expulsión le ordenará salir del territorio del Estado en un plazo de quince días. Si el Prefecto estimara que existe un riesgo concreto de que el nacional extranjero eluda la ejecución de la decisión, el Questore acordará la conducción inmediata a la frontera. [...]»

no haya permitido la ejecución de la expulsión o de la denegación de autorización de entrada en el país y conducción a la frontera, el Questore ordenará al extranjero salir del territorio del Estado en un plazo de cinco días. La orden se emitirá por escrito e indicará las consecuencias que acarrea la estancia ilegal en el territorio del Estado en materia de sanciones, incluido el supuesto de reincidencia. [...]

19. El artículo 14 del Decreto Legislativo n° 286/1998 se refiere a la ejecución de la decisión de expulsión del extranjero en situación irregular en Italia. Está así redactado:

«1. Cuando no sea posible ejecutar inmediatamente la expulsión mediante la conducción a la frontera o la denegación de autorización de entrada en el país, por la necesidad de prestar asistencia al extranjero, de realizar comprobaciones suplementarias sobre su identidad o su nacionalidad o de obtener documentos de viaje, o por la falta de disponibilidad del transportista o de otro medio de transporte adecuado, el Questore acordará el internamiento del extranjero durante el tiempo estrictamente necesario en el centro de internamiento más próximo [...]

[...]

5 bis. Cuando no sea posible el ingreso del extranjero en un centro de internamiento, o cuando la estancia en un centro de esa clase

5 ter. El extranjero que permanezca ilegalmente en el territorio del Estado sin causa justificada, con infracción de la orden dictada por el Questore conforme al apartado 5 bis, incurrirá en una pena de uno a cuatro años de prisión si la expulsión o la denegación de autorización de entrada en el país se hubieran acordado a raíz de la entrada ilegal en el territorio nacional, en el sentido del artículo 13, apartado 2, letras a) y b), por no haber solicitado permiso de residencia o no haber declarado su estancia en el territorio del Estado en el plazo previsto, salvo caso de fuerza mayor, o si su permiso de residencia hubiera sido revocado o anulado. Se impondrá una pena de seis meses a un año de prisión si se hubiera acordado la expulsión por haber transcurrido más de sesenta días desde la expiración del permiso de residencia y si no se hubiera solicitado su renovación, o si la solicitud de permiso de residencia hubiera sido denegada, o si el extranjero hubiera permanecido en el territorio del Estado con infracción del artículo 1, apartado 3, de la Ley n° 68 de 28 de mayo de 2007. En cualquier caso, excepto si el extranjero se encontrara privado de libertad, se adoptará una nueva medida de expulsión con conducción a la frontera por las fuerzas de orden público, fundada en el incumplimiento de la orden de expulsión

dictada por el Questore conforme al apartado 5 *bis*. En caso de imposibilidad de conducción a la frontera se aplicarán las disposiciones de los apartados 1 y 5 *bis* del presente artículo, así como en su caso las previstas en el artículo 13, apartado 3.

*5 quater.* El extranjero destinatario de la medida de expulsión prevista en el apartado 5 *ter* y de una nueva orden de expulsión prevista en el apartado 5 *bis* que permanezca ilegalmente en el territorio del Estado incurrirá en una pena de prisión de uno a cinco años. Se aplicarán en todo caso las disposiciones del apartado 5 *ter*, tercera y última frases.

*5 quinquies.* En relación con las infracciones tipificadas en el apartado 5 *ter*, primera frase, y en el apartado 5 *quater*, se tramitará el rito direttissimo (procedimiento abreviado), y será obligatoria la detención del autor del hecho [...].»

internamiento de los nacionales de terceros países en situación irregular a efectos de su expulsión, se oponen a una disposición de Derecho nacional que establece que el incumplimiento por un extranjero en situación irregular de la decisión de la autoridad nacional que le ordena salir del territorio del Estado en un plazo determinado constituye un delito punible con una pena de hasta cuatro años de prisión.

21. Para que mi respuesta a las cuestiones planteadas sea provechosa y útil, con independencia de si una persona como el Sr. El Dridi, a saber, una persona perseguida por el delito de incumplimiento de la decisión de la autoridad nacional que le ordenó salir del territorio del Estado en un plazo determinado, ha sido, o no, detenida o privada de libertad con ocasión del procedimiento penal, y también con independencia de si esa persona ha sido, o no, finalmente condenada a una pena de prisión, considero que deben analizarse no sólo los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115, sino también el artículo 8, apartado 1, de la misma Directiva, así como el procedimiento de retorno, como tal, previsto por ella.

## Apreciación

20. Interpreto las dos cuestiones, a las que considero debe responderse conjuntamente, en el sentido de que instan al Tribunal de Justicia a determinar si los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115, que regulan el

22. No obstante, hay que determinar ante todo si, habida cuenta del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115, ésta es aplicable en una situación como del Sr. El Dridi, a saber, la de un extranjero en situación irregular en el territorio de un Estado miembro que está sujeto a un procedimiento penal

por no haber dado cumplimiento a la orden de la autoridad pública de salir del territorio del Estado en un plazo determinado.

23. El artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115 atribuye a los Estados miembros la facultad de decidir la exclusión del ámbito de aplicación personal de esa Directiva de los nacionales de terceros países sujetos a sanciones penales que prevean o tengan como consecuencia su retorno, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición.

24. Del texto de esa disposición resulta con claridad que la exclusión del ámbito de aplicación personal de la Directiva 2008/115 sólo puede aplicarse cuando la obligación de retorno de un extranjero se imponga como sanción penal o sea la consecuencia de tal sanción.

25. Aun si conforme a reiterada jurisprudencia el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho nacional,<sup>4</sup> parece deducirse en el presente caso de los artículos 13 y 14 del Decreto Legislativo n° 286/1998

que la obligación de salir del territorio de un Estado miembro, o, utilizando la terminología de la Directiva 2008/115, la obligación de retorno, no constituye una sanción penal ni una consecuencia de tal sanción. Tanto el decreto de expulsión del Prefecto como la orden de expulsión del Questore constituyen decisiones administrativas adoptadas a causa de la situación irregular de la persona afectada, que no están ligadas a la condena penal de esa persona.

26. En efecto, el procedimiento penal al que está actualmente sujeto el Sr. El Dridi y que puede tener como resultado una pena de uno a cuatro años de prisión no es la causa de la obligación de retorno sino por el contrario la consecuencia del incumplimiento de dicha obligación.

27. A mi juicio, de lo antes expuesto resulta que la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, prevista por el artículo 2, apartado 2, letra b), de ésta, no es aplicable en el presente caso y, por tanto, la situación en la que se encuentra el Sr. El Dridi entra en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

28. Además, a mi parecer el Estado miembro que no ha adoptado las disposiciones para la trasposición de una Directiva (como es precisamente el caso de la República Italiana respecto a la Directiva 2008/115) no puede

4 — Véanse en ese sentido las sentencias de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros (C-222/04, Rec. p. I-289), apartado 63, y de 17 de marzo de 2011, Naftiliaki Etaireia Thasou y Amaltheia I Naftiki Etaireia (C-128/10 y C-129/10, Rec. p. I-1885), apartado 40.



invocar la aplicación de un derecho que deriva de esa Directiva, en este caso el derecho del Estado miembro a restringir el ámbito de aplicación personal de la Directiva. Si se admitiera lo contrario ello significaría que el Estado miembro puede disponer de derechos derivados de la Directiva sin cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de ella, en especial la obligación de adoptar las disposiciones para la trasposición de la Directiva.

29. Tras esa apreciación sobre el ámbito de aplicación personal de la Directiva 2008/115, que trata de asegurar el equilibrio entre el derecho del Estado miembro a controlar la entrada, la estancia y la expulsión de los extranjeros,<sup>5</sup> por una parte, y por otra el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros y de su dignidad, puedo llevar a cabo el análisis del procedimiento de retorno previsto por esa Directiva.

30. La Directiva 2008/115 favorece la salida voluntaria del nacional de un tercer país en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. Por ello, la decisión de retorno, es decir, en el sentido del artículo 3, punto 4, de la Directiva 2008/115, una decisión por la que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno, debe fijar

como regla general un plazo apropiado para la salida voluntaria.

31. Tras terminar dicho plazo sin que se haya cumplido la obligación de retorno, es decir, tras el incumplimiento por un extranjero en situación irregular de la decisión de la autoridad nacional que le ordena salir del territorio del Estado en el plazo fijado, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 exige a los Estados miembros tomar todas las medidas necesarias, incluso medidas coercitivas, como último recurso, para ejecutar la decisión de retorno.

32. Es cierto que la Directiva 2008/115 no enumera de forma exhaustiva las medidas que pueden tomarse para ejecutar la decisión de retorno. Sin embargo, dada la especificidad (singularidad) de cada procedimiento de retorno, eso no sería siquiera posible.

33. No obstante, conforme a su voluntad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros y de su dignidad, la Directiva 2008/115 menciona y regula en sus artículos 15 a 18, con relativo detalle, una de las medidas previstas en el artículo 8, apartado 1, de la misma Directiva, el internamiento a efectos de expulsión, ya que éste constituye una restricción considerable del derecho a la libertad garantizado por el artículo 6 de

5 — El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reitera con frecuencia que se trata de un principio bien asentado de Derecho internacional, véanse por ejemplo TEDH, sentencias *Moustaquim c. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991, serie A n° 193, § 43, y *Riad e Idiab c. Bélgica* de 24 de enero de 2008, § 94.

la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

favor de de los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de los Estados miembros.

34. En el sentido del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115, el internamiento constituye una medida coercitiva que únicamente puede aplicarse a fin de preparar el retorno y/o llevar a cabo la expulsión, salvo que puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes pero menos coercitivas.

35. También hay que recordar que el texto de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115 pone de manifiesto que sus autores procuraron diferenciar el internamiento a efectos de expulsión y la privación de libertad individual a efectos del procedimiento penal, como la detención, la prisión provisional o la prisión en ejecución de condena.

36. Estimo que se deduce con claridad del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, en relación con los artículos 15 y 16 de la misma Directiva, que son incondicionales y suficientemente precisos, una obligación de actuar que incumbe al Estado miembro para que se ejecute la decisión de retorno, en primer lugar, y en segundo lugar, para lograr el efecto útil de esa primera obligación, otra obligación de abstenerse de tomar medidas que puedan frustrar la ejecución de esa decisión. A esas obligaciones de los Estados miembros corresponde un derecho correlativo a que el Estado proceda de esa forma, a

37. En lo que atañe al sistema de retorno previsto por la normativa italiana, debe observarse que la propia República Italiana ha reconocido que a 24 de diciembre de 2010 no había adoptado las disposiciones legislativas previstas por la Directiva 2008/115. La materia de inmigración se regula por el Decreto Legislativo n° 286/1998, que prevé el procedimiento de retorno, o según la terminología de ese Decreto, el procedimiento de expulsión administrativa, diferente del previsto por la Directiva 2008/115, en primer lugar un decreto de expulsión dictado por el Prefecto, que ejecuta el Questore mediante la conducción a la frontera por las fuerzas de orden público, y después, si no fuera posible esa inmediata ejecución, la decisión de internamiento del extranjero, y finalmente, si el extranjero no pudiera ser internado, la orden del Questore de salir del territorio en un plazo de cinco días. El incumplimiento de esa orden se tipifica como delito punible con una pena de uno a cuatro años de prisión.

38. No obstante, las dos normativas en cuestión tienen un punto común, a saber, tanto la Directiva 2008/115 como el Decreto Legislativo n° 286/1998 prevén la posibilidad de que el nacional de un tercer país en situación irregular en el territorio de un Estado miembro no dé cumplimiento a la orden de la autoridad pública de salir del territorio nacional en el plazo fijado. Sin embargo, establecen

consecuencias diferentes en ese supuesto. En tanto que según el sistema previsto por la Directiva 2008/115 esa conducta puede dar lugar en virtud del artículo 15, apartado 1, al internamiento del nacional de un tercer país en situación irregular, como medida necesaria para ejecutar la decisión de retorno, siempre que no puedan aplicarse eficazmente otras medidas suficientes pero menos coercitivas, en cambio, según el Decreto Legislativo n° 286/1998 esa conducta constituye un delito punible con una pena de uno a cuatro años de prisión.

una medida coercitiva destinada a ejecutar la decisión de retorno, sino una reacción represiva del ordenamiento jurídico contra una vulneración de una orden de la autoridad, sujeta a la comprobación de la falta de causa justificada de esa infracción.

39. Se plantea pues la cuestión de determinar si el delito consistente en el incumplimiento de una orden de la autoridad pública de salir del territorio nacional en un plazo determinado, punible con una pena de prisión, puede considerarse como una medida nacional necesaria para ejecutar la decisión de retorno, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, o por el contrario como una medida que puede frustrar la ejecución de dicha decisión.

41. Tengo que manifestar al respecto que comparto plenamente esa calificación de la pena de prisión de que se trata, de la que deriva que ésta no puede considerarse como una medida nacional necesaria para ejecutar la decisión de retorno, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, ni en consecuencia como un internamiento en el sentido del artículo 15 de esa Directiva.

40. La explicación de la pena de prisión como medida nacional necesaria para ejecutar la decisión de retorno que expone la República Italiana en sus observaciones escritas resulta útil. Según ese Estado miembro la pena de prisión representa una sanción impuesta por la infracción de una orden de la autoridad pública, lo que constituye una vulneración grave del orden público, y por tanto esa pena no es

42. Por el contrario, la pena de prisión prevista en caso de incumplimiento de una orden de la autoridad pública de salir del territorio nacional en un plazo determinado impide objetivamente, aunque sólo sea de forma temporal, la ejecución de esa decisión de retorno. Ello no se ajusta ciertamente a la política de retorno eficaz pretendida por la Directiva 2008/115. En efecto, la normativa que prevé dicha pena priva de su efecto útil al artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, en relación con su artículo 15.

43. La precedente constatación es válida no sólo en relación con la pena de prisión prevista en caso de incumplimiento de una orden de la autoridad pública de salir del territorio nacional en un plazo determinado sino también en relación con la misma tipificación penal del incumplimiento de tal orden.

que el incumplimiento de una orden de la autoridad pública de salir del territorio nacional en un plazo determinado constituye un delito punible con una pena de hasta cuatro años de prisión,<sup>6</sup> dado que esa normativa priva de sus efectos útiles a los mencionados artículos de la Directiva 2008/115.

44. Un delito como el considerado en el presente asunto, a saber, el incumplimiento de la decisión de la autoridad pública, pretende proteger y apoyar la autoridad de los poderes públicos con las medidas del Derecho penal. Sin embargo, se advierte que los autores de la Directiva 2008/115 antepusieron la preocupación por una política de retorno eficaz a la protección de la autoridad de los poderes públicos, al prever en esa situación el internamiento a efectos de la expulsión, en el sentido del artículo 15 de dicha Directiva. Por el contrario, la normativa italiana da prioridad a la protección de la autoridad de los poderes públicos antes que a una política de retorno eficaz, al prever en la misma situación una pena de prisión, y en consecuencia priva de su efecto útil al artículo 15 de la Directiva 2008/115.

46. Esa conclusión no puede desvirtuarse por el argumento de que la legislación penal corresponde a la competencia de los Estados miembros y no a la de la Unión Europea.<sup>7</sup>

47. Según reiterada jurisprudencia el Derecho de la Unión impone límites a dicha competencia.<sup>8</sup> Ésta debe ejercerse por los Estados miembros de tal forma que puedan dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, incluida la obligación de conseguir el resultado pretendido por la Directiva, que establece el artículo 288 TFUE, párrafo tercero. La legislación penal no puede

45. Se ha de concluir por tanto que la Directiva 2008/115, y en particular su artículo 8, apartado 1, en relación con su artículo 15, se opone a una normativa nacional que prevé

6 — Ello no significa desde luego que durante el procedimiento de retorno un nacional de un tercer país no pueda ser detenido o condenado por la comisión de otro delito previsto por la legislación nacional.

7 — Véase en ese sentido la sentencia de 23 de octubre de 2007, Comisión/Consejo (C-440/05, Rec. p. I-9097), apartado 66 y la jurisprudencia citada.

8 — Véase en ese sentido la sentencia de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros (C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891), apartado 68.

perjudicar el efecto útil de las disposiciones del Derecho de la Unión, como ocurre a mi juicio en la relación entre la legislación nacional que tipifica el delito consistente en el incumplimiento de una orden de la autoridad pública de salir del territorio nacional en un plazo determinado, punible con una pena de hasta cuatro años de prisión, por una parte, y, por otra, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, conjuntamente con el artículo 15 de la misma Directiva, que exigen a los Estados miembros tomar todas las medidas necesarias, incluso el internamiento, para ejecutar la decisión de retorno, y abstenerse de tomar medidas que puedan frustrar la ejecución de esa decisión.

de las disposiciones de la Directiva que pueden tener efecto directo, que autoriza a un particular a invocarlas frente al Estado que se ha abstenido de trasponer la Directiva en el plazo prescrito, a fin de excluir la aplicación de una normativa nacional que sea incompatible con esas disposiciones.<sup>9</sup> En tal situación, el juez nacional está obligado a hacer prevalecer las disposiciones de la Directiva sobre las de la legislación nacional contraria.<sup>10</sup>

48. Es preciso además considerar de nuevo la naturaleza del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, en relación con el artículo 15 de la misma. Las obligaciones impuestas a los Estados miembros por esas disposiciones, que he descrito en el anterior punto de la presente opinión, se formulan de forma clara e incondicional y no necesitan ninguna medida específica para su aplicación. A esas obligaciones de los Estados miembros corresponde un derecho correlativo de los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de los Estados miembros. Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se trata por tanto de una

49. De conformidad con lo antes expuesto estimo que el Tribunal de Justicia debe responder a las cuestiones prejudiciales que la Directiva 2008/115, y en especial su artículo 8, apartado 1, en relación con su artículo 15, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que prevé que el incumplimiento de una orden de la autoridad pública de salir del territorio nacional en un plazo determinado constituye un delito punible con una pena de hasta cuatro años de prisión.

9 — Véanse en ese sentido la sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 46, y de 3 de marzo de 2011, Auto Nikolovi (C-203/10 Rec. p. I-1083), apartado 64.

10 — Véase en ese sentido la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Moormann (190/87, Rec. p. 4689), apartado 23.

## Conclusión

50. Por las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Corte d'appello di Trento:

«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, y en especial su artículo 8, apartado 1, en relación con su artículo 15, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que prevé que el incumplimiento de una orden de la autoridad pública de salir del territorio nacional en un plazo determinado constituye un delito punible con una pena de hasta cuatro años de prisión.»