

TJUE – SENTENCIA DE 28.04.2011, *HASSEN EL DRIDI, ALIAS SOUFI KARIM*, C-61/11 PPU – «ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA – DIRECTIVA 2008/115/CE – RETORNO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN SITUACION IRREGULAR – ARTÍCULOS 15 Y 16 – NORMATIVA NACIONAL QUE PREVÉ UNA PENA DE PRISIÓN EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN DE SALIDA DEL TERRITORIO»

«¿LA PENA DE PRISIÓN PARA INMIGRANTES IRREGULARES PERJUDICA LA POLÍTICA DE RETORNO DE LA UNIÓN?»

LEONARDO PASQUALI*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. HECHOS Y CUESTIÓN PREJUDICIAL.
- III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.
- IV. COMENTARIO.
 1. LA DECISIÓN DE TRAMITAR LA REMISIÓN PREJUDICIAL MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA.
 2. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PENA DE PRISIÓN PREVISTA POR EL DERECHO INTERNO ITALIANO.

* Doctor en Derecho, *Ricercatore confermato* de Derecho Internacional y *Professore Ufficiale* de Derecho de la Unión Europea, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, *Università di Pisa*, Italia.

3. EL ARTÍCULO 2, APARTADO 2, LETRA B) DE LA DIRECTIVA SOBRE SANCIONES PENALES: APLICABILIDAD Y EFECTOS.
4. ¿CONTRADICCIONES DE LA PENA DE PRISIÓN CON UNA POLÍTICA DE EXPULSIÓN RÁPIDA Y EFICAZ?
5. REACCIÓN DEL LEGISLADOR ITALIANO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia de 28 de abril de 2011 en el asunto *El Dridi* es la segunda¹ que dicta el TJUE sobre la compatibilidad entre la normativa nacional de un Estado miembro de la Unión Europea y la Directiva 2008/115/CE «relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular» (en adelante, Directiva Retorno)². Se refiere a la legitimidad, a la luz del derecho de la Unión Europea, del derecho interno de un Estado miembro (en el caso concreto Italia) que prevé una pena de prisión para los nacionales de terceros países en situación irregular en caso de incumplimiento de una orden de salida del territorio de dicho Estado miembro.

La importancia de este asunto es innegable, no sólo porque concierne un tema muy candente en los últimos años, como es el de la inmigración de nacionales de terceros países en la Unión Europea, sino también porque toca un aspecto fundamental de la soberanía de los Estados, a saber, el poder de legislar en materia penal.

La modificación del Decreto Legislativo 286/1998 por la Ley 94, de 15 de julio de 2009 (conocida en Italia como «*pacchetto sicurezza*»³), que san-

¹ Sentencia del TJUE de 28 de abril de 2011 (Sala Primera), *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, C-61/11 PPU, *DOUE* C 186 de 25.06.2011, p. 8. El primer pronunciamiento del Tribunal en la materia, en el asunto *Kadzoev* (Sentencia del TJUE, de 30 de noviembre de 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, C-357/09 PPU, *Rec.* p. I-11189), se limitaba a verificar la compatibilidad entre el derecho búlgaro y el artículo 15, apartados 4, 5 y 6 de dicha Directiva por lo que se refiere al internamiento temporal en el marco de un procedimiento de expulsión de un nacional de un tercer país en situación irregular.

² Directiva 2008/115/CE, *DOUE*, L 348 de 24.12.2008, pp. 98-107. Véase al respecto: FAJARDO DEL CASTILLO, T., «La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 33, 2009, pp. 453-499. Véase también ACOSTA, D., «The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive)», *European Journal of Migration and Law*, 2009, 11, pp. 19-39; BALDACCINI, A., «The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive», *European Journal of Migration and Law*, 2009, 11, pp. 1-17.

³ «Paquete seguridad», según la traducción literal en español.

ción 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, ha causado una fuerte reacción de la jurisprudencia italiana, al igual que, por otra parte, ha venido ocurriendo con muchas otras medidas tomadas por el actual gobierno italiano o bajo su impulso.

El primer golpe a la normativa en cuestión fue dado por la *Corte Costituzionale* italiana que, con su sentencia nº 359 de 13 de diciembre de 2010, limitó el alcance de dicha norma, declarando que la sanción penal puede aplicarse sólo cuando el incumplimiento de la orden de expulsión no se funda en un «justificado motivo», expresión ausente en el Decreto Legislativo 286/1998, según su modificación por la Ley 94, de 15 de julio de 2009⁴.

Pocos días después se volvió urgente el problema de la compatibilidad de ésta normativa italiana con el Derecho de la Unión Europea, a consecuencia del vencimiento del plazo de adaptación del Derecho interno, fijada a fecha 24 de diciembre de 2010 por el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE⁵.

Ante una situación en la que no se ha adaptado el Derecho nacional a una Directiva, procede señalar que, en virtud de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁶, al aplicar el Derecho interno el órgano jurisdic-

⁴ La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el *Tribunale di Voghera* con decreto de 8 de enero de 2010, se refería a la compatibilidad entre los artículos 2, 3 apartado 1, 25 apartado 2 y 27 de la Constitución italiana y el artículo 14 apartado 5-*quater* del Decreto Legislativo 286/1998, según su modificación por la Ley 94, de 15 de julio de 2009, en la parte en que éste no excluye, en presencia de un «justificado motivo», la posibilidad de sancionar el extranjero en situación irregular que no cumpla con la orden de la autoridad pública de salir del territorio del Estado en un plazo determinado.

⁵ Del problema era consciente el Ministerio del Interior italiano que, una semana antes de la expiración del plazo, envió una circular ministerial a todos los Gobernadores civiles. En dicha circular el Ministerio, tras aclarar las consecuencias en el ordenamiento jurídico italiano del vencimiento del plazo de expiración de la Directiva 2008/115/CE sin que Italia la hubiera desarrollado en su Derecho nacional, explicaba las principales novedades contenidas en dicha Directiva. Pero principalmente ordenaba motivar las ordenes de expulsión dictadas contra nacionales de terceros países en situación irregular subrayando los elementos de conformidad del procedimiento administrativo de retorno con las disposiciones de la Directiva 2008/115/CE, para que los órganos jurisdiccionales internos desestimaran los recursos de los extranjeros basados sobre la normativa europea. La circular del *Ministero dell'Interno* (Ministerio del Interior) de 17 de diciembre de 2010 está publicada en *Guida al diritto*, 2011, 5, pp. 20-23.

⁶ Véase, en particular, las sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Rec. p. I-4135*, apartado 8; de 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret*, C-334/92, *Rec. p. I-6911*, apartado 20, y de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, *Rec. p. I-3325*,

cional nacional está obligado a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva en cuestión para conseguir el resultado que ésta pretende alcanzar. Dicha obligación de interpretación conforme concierne al conjunto de las disposiciones del Derecho interno, anteriores o posteriores a la Directiva, con inclusión de las disposiciones que resultan de convenios internacionales suscritos por el Estado miembro, y deriva de la general obligación imperativa de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para alcanzar el resultado que una Directiva persigue, prevista por el actual artículo 288 TFUE, párrafo tercero, que se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales⁷.

En aplicación de la teoría jurisprudencial del efecto directo⁸, en el caso de que no se pueda dar tal interpretación conforme, los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, después de la expiración del plazo de adaptación, deben rechazar la aplicación de las normas de Derecho interno —incluso si éstas prevén sanciones penales— incompatibles con disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una Directiva⁹. Y así lo hicieron las autoridades judiciales italianas en las primeras sentencias emitidas después de 24 de diciembre de 2010¹⁰, sin reenviar los casos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Otros órganos jurisdiccionales italianos, sin embargo, continuaron aplicando el Decreto Legislativo 286/1998, según su modificación por

apartado 26; véase también, *ex plurimis*, las sentencias de 24 de octubre de 1996, *Kraaijeveld y otros*, C-72/95, *Rec.* p. I-5403, apartado 55; de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, *Rec.* p. I-7411, apartado 40; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, *Rec.* p. I-8835, apartado 110; de 24 de junio de 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07, *Rec.* p. I-04501, apartado 84, y de 10 de marzo de 2011, *Deutsche Lufthansa*, C-109/09, aún no publicada en la *Rec.*

⁷ Es jurisprudencia reiterada a partir de la sentencia de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, 14/83, *Rec.*, p. 1891, apartado 26.

⁸ La doctrina del efecto directo nació con la sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, *Rec.* p. 1, fue extendida a las directivas en la sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, 41/74, *Rec.* p. 1337, y sistematizada en las sentencias de 5 de abril de 1979, *Ratti*, 148/78, *Rec.* p. 1629, y de 19 de enero de 1982, *Becker*, 8/81, *Rec.* p. 53.

⁹ Véanse, en particular, la sentencia *Ratti*, antes citada, apartado 24 y la sentencia de 25 de julio de 2008, *Janecek*, C-237/07, *Rec.* p. I-06221, apartado 36.

¹⁰ Se distinguió en particular el *Tribunale di Torino* que, en cuatro sentencias dictadas entre el 3 y el 8 de enero de 2011, decidió dejar inaplicado el Decreto Legislativo 286/1998, según su modificación por la Ley 94, de 15 de julio de 2009, al considerarlo incompatible con la Directiva 2008/115/CE. La sentencia de 5 de enero está publicada en *Guida al diritto* 5, 2011, pp. 15-19.

la Ley 94, de 15 de julio de 2009, no obstante el vencimiento del plazo de adaptación del Derecho italiano a la Directiva 2008/115/CE¹¹, considerando la normativa interna no incompatible con el derecho de la Unión.

Ante esta incertidumbre del derecho sobre un tema que además tiene consecuencias muy relevantes, tales como la imposición de una pena de prisión¹², urgía una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia¹³, habiendo sido las autoridades judiciales nacionales quizás demasiado proclives a interpretar por su cuenta el derecho de la Unión Europea¹⁴.

Dicha necesidad fue efectivamente advertida por muchos órganos jurisdiccionales italianos¹⁵, entre los cuales destaca la *Corte Suprema di Cassazione – I sezione penale*¹⁶, que decidieron presentar varias peticiones de

¹¹ Véase en particular la sentencia del *Tribunale di Verona* de 18 de enero de 2011.

¹² Lo cual justifica plenamente la decisión de la *Corte d'appello* de Trento de solicitar la tramitación de la remisión prejudicial mediante el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 104 ter del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y la aceptación del pedido por el TJUE.

¹³ Como señalado también por la Junta de la Unione delle Camere Penali Italiane, «Immigrazione clandestina tra incriminazioni interne e diritto dell'Unione europea», *Osservatorio Europa*, 25 de febrero de 2011, pp. 1, 2 y 5. El documento se encuentra en Internet: <http://media.camerepenali.it>

¹⁴ Aunque personalmente considere discutible el comportamiento de dichos órganos jurisdiccionales italianos, dadas las consecuencias de una interpretación eventualmente errónea, cabe precisar que se trata de un comportamiento legítimo (y sin tener que recurrir a la teoría del acto claro) en virtud del artículo 267, apartado 2 TFUE, tratándose de órganos cuyas decisiones son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

¹⁵ Peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por: el *Tribunale di Milano* (Italia) el 31 de enero de 2011 — Proceso penal contra Assane Samb (Asunto C-43/11), *DOUE*, C-113 de 09.04.2011, p. 7; el *Tribunale di Ivrea* (Italia) el 4 de febrero de 2011 — Proceso penal contra Lucky Emegor (Asunto C-50/11), *DOUE*, C-113 de 09.04.2011, pp. 7 y 8; el *Tribunale di Ragusa* (Italia) el 9 de febrero de 2011 — Proceso penal contra Mohamed Mrad (Asunto C-60/11), *DOUE*, C-113 de 09.04.2011, p. 8; el *Tribunale di Rovereto* (Italia) el 11 de febrero de 2011 — Proceso penal contra John Austine (Asunto C-63/11), *DOUE*, C-120 de 16.04.2011, pp. 5 y 6; *Tribunale di Bergamo* (Italia) el 28 de febrero de 2011 — Proceso penal contra Survival Goldwin (Asunto C-94/11), *DOUE*, C-139 de 07.05.2011, p. 14; el *Tribunale di Santa Maria Capua Vetere* (Italia) el 7 de marzo de 2011 — Proceso penal contra Yeboah Kwadwo (Asunto C-120/11), *DOUE*, C-145 de 14.05.2011, p. 17; el *Giudice di Pace di Mestre* (Italia) el 24 de marzo de 2011 — Proceso penal contra Asad Abdallah (Asunto C-144/11), *DOUE*, C-152 de 21.05.2011, p. 17; el *Tribunale di Frosinone* (Italia) el 7 de abril de 2011 - Proceso penal contra Patrick Conteh (Asunto C-169/11), *DOUE*, C-173 de 11.06.2011, p. 8.

¹⁶ Petición de decisión prejudicial planteada por la *Corte Suprema di Cassazione* italiana el 21 de marzo de 2011 — Proceso penal contra Demba Ngagne (Asunto C-140/11), *DOUE*, C-152 de 21.05.2011, p. 16.

decisión prejudicial al TJUE. Una de estas peticiones, la de la *Corte d'appello* de Trento¹⁷, dio lugar a la sentencia de 28 de abril de 2011 en el asunto C-61/11 PPU, *El Dridi*¹⁸, que nos aprestamos a comentar.

II. HECHOS Y CUESTIÓN PREJUDICIAL

Hassen El Dridi, alias Soufi Karim, es un nacional de un tercer país que entró ilegalmente en Italia, que no dispone de permiso de residencia y al que fue notificada una orden de expulsión dictada por el *Questore* (jefe de policía) 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, al ser puesto en libertad una vez cumplida la elevada pena a la que había sido condenado por delitos cometidos en materia de estupefacientes. Dicha orden de expulsión fue motivada por el *Questore* con la imposibilidad de conducir a la frontera a El Dridi¹⁹.

Tal y como fue verificado mediante un control del 29 de septiembre de 2010, el Sr El Dridi no cumplió con la orden de expulsión. Consecuentemente, en lineal aplicación del artículo 14, apartado 5ter del Decreto Legislativo 286/1998, según su modificación por la Ley 94, de 15 de julio de 2009, fue condenado por el *Tribunale* de Trento a la pena mínima prevista por dicha norma, es decir un año de prisión.

El condenado recurrió ante la *Corte d'appello* de Trento que decidió plantear una cuestión prejudicial al TJUE.

¹⁷ Petición de decisión prejudicial planteada por la *Corte di Appello di Trento* (Italia) el 10 de febrero de 2011 — Proceso penal contra Hassen El Dridi, alias Karim Soufi (Asunto C-61/11), *DOUE*, C-113 de 09.04.2011, p. 8.

¹⁸ Sentencia del TJUE, de 28.04.11, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, C-61/11 PPU, *cit.*. Entre los primeros comentarios italianos a dicha sentencia véanse GABRIELLI, C., «La libertà personale dell'immigrato irregolare nella direttiva-rimpatri e la disapplicazione di norme italiane contrastanti: la sentenza *El Dridi*» *Studi sull'integrazione europea* 2011, 2, pp. 367-379 y, sobre todo, el excelente artículo de DI MARTINO, A. y RAFFAELLI, R., «La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano», *Diritto penale contemporaneo*, 26/7/2011, pp. 1-31.

¹⁹ 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.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Con dicha remisión prejudicial la *Corte d'appello* pide al Tribunal de Justicia que aclare si, a la luz del principio de cooperación leal y atendiendo a la necesidad de garantizar el efecto útil de la Directiva 2008/115/CE y atendiendo a los principios de proporcionalidad, adecuación y racionalidad de la pena, los artículos 15 y 16 de ésta Directiva se oponen a una norma de Derecho nacional que sancione penalmente, con una pena de hasta cuatro años de prisión, el incumplimiento de la orden de expulsión (discutiblemente descrito como «mera falta de cooperación del interesado en el procedimiento de expulsión» por el Tribunal italiano, como si en derecho el incumplimiento de una obligación debiese cualificarse como una mera falta de cooperación del obligado en la realización del derecho de quien lo detiene) por parte de un nacional de un tercer país en situación irregular, pidiendo además que la cuestión se tramitase por el procedimiento de urgencia *ex* artículo 104^{ter} del Reglamento de Procedimiento del TJUE.

Preliminarmente, el Tribunal de Justicia accede a esta petición del Tribunal italiano y decide tramitar la remisión prejudicial mediante dicho procedimiento de urgencia, dado que El Dridi estaba privado de libertad.

Decidido el procedimiento a aplicar y tras referir sintéticamente algunos principios establecidos por la Directiva²⁰, el TJUE aborda la compatibilidad con el derecho de la Unión de una normativa de un Estado miembro que sancione con una pena de prisión el incumplimiento de la orden de expulsión por un nacional de un tercer país en situación irregular.

Seguidamente el Tribunal de Justicia —considerando que a pesar del la expiración del plazo previsto por la Directiva 2008/115/CE, Italia no la ha desarrollado en su Derecho nacional²¹— procede a analizar la cuestión de

²⁰ Como una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas afectadas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad (apartado 31 de la Sentencia), o bien que los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que derogue a las disposiciones de la directiva *in melius* y nunca *in peius* (apartado 33 de la Sentencia); pero también que la obligación principal que la directiva impone a los Estados miembros es la de adoptar una decisión de retorno para cualquier nacional de un país tercero que se encuentre en situación irregular (apartado 35 de la Sentencia), dando la prioridad a la salida voluntaria (apartado 36 de la Sentencia) y aplicando medidas coercitivas sólo como *extrema ratio* y dentro de los límites indicados por la misma directiva (apartados de 37 a 43 de la Sentencia).

²¹ Apartado 45 de la Sentencia.

los efectos directos de los artículos 15 y 16 de dicha Directiva y estima que éstos subsisten²².

Finalmente, el TJUE considera que, aunque los Estados miembros tengan la facultad de prever sanciones, incluso de carácter penal, para disuadir a los nacionales de terceros países en situación irregular de permanecer ilegalmente en su territorio²³, la sanción no puede consistir en una pena de prisión, en cuanto dicha pena privaría de su efecto útil a la Directiva. En particular sus artículos 15 y 16 prevén límites y condiciones a la posibilidad de la privación de libertad de los nacionales de terceros países en la situación de expulsión forzosa, como *extrema ratio*, sometida a control judicial y que se lleve a cabo en centros de internamientos especializados y por un tiempo limitado, siendo por lo tanto incompatible con el derecho de la Unión Europea²⁴. La normativa italiana tampoco puede considerarse legítima a la luz del artículo 2, apartado 2, letra b) de la Directiva (que concede a los Estados miembros dejar inaplicada la Directiva *ratione personae* a los nacionales de terceros países que estén sujetos a medidas de retorno constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición), en cuanto en el caso en cuestión la obligación de retorno impuesta a El Dridi no estaría ligada a su condena penal, sino a su situación irregular²⁵.

El Tribunal de Justicia concluye declarando la normativa italiana (y en particular el artículo 14, apartado 5 *ter* del Decreto Legislativo 286/1998, según su modificación por la Ley 94, de 15 de julio de 2009) incompatible con la Directiva 2008/115/CE e imponiendo al juez italiano la obligación de no aplicar dicha normativa nacional²⁶.

IV. COMENTARIO

La decisión de los jueces europeos ha dado el golpe de gracia a la modificación del Decreto Legislativo 286/1998 por la Ley 94, de 15 de

²² Apartados 40, 46 y 47 de la sentencia. Sobre el tema del efecto directo de las directivas, véase —entre otros— el reciente artículo de HERVOUËT, F., «La directive: Janus juridique parfait ou imparfait?», *Revue de l'Union européenne*, 2011, 548, pp. 291-296.

²³ Apartado 52 de la sentencia.

²⁴ Apartados de 55 a 59 de la sentencia.

²⁵ Apartado 49 de la sentencia.

²⁶ Apartados 61 y 62 de la sentencia. El Tribunal recuerda aquí su propia jurisprudencia en materia de relación entre derecho interno de los Estados miembros y derecho de la Unión europea.

julio de 2009, que sanciona con una pena de prisión el incumplimiento de la obligación de salir del territorio de un Estado miembro dictada contra un nacional de un tercer país en un procedimiento de expulsión, ya afectada por la sentencia n. 359/2010 de la *Corte Costituzionale* italiana²⁷.

Sin embargo, a pesar de las opiniones favorables de cierta doctrina²⁸ y jurisprudencia²⁹, el razonamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no convence del todo.

1. LA DECISIÓN DE TRAMITAR LA REMISIÓN PREJUDICIAL MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA

Un aspecto de la sentencia debe ser valorado positivamente. Se trata de la decisión de tramitar la remisión prejudicial mediante el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 104 ter del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia³⁰, muy oportuna considerando que El Dridi se encontraba en prisión con vistas a la ejecución de la pena. En verdad, me parece que una solución de este tipo es hoy en día obligada, a la luz de las

²⁷ Véase *supra*, introducción.

²⁸ Entre las posiciones más extremistas, en el sentido de una supuestamente indudable incompatibilidad de la normativa italiana con la Directiva, destaca la de VIGANO, F., MASERA, L., «Inottemperanza dello straniero all' ordine di allontanamento e 'direttiva rimpatri' UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale», *Cassazione penale*, 2010, II, pp. 1710-1719, que curiosamente mezclan consideraciones jurídicas con consideraciones más bien políticas. Cabe recordar que Luca Masera ha sido uno de los abogados de El Dridi ante el TJUE en el caso en cuestión. Siempre en el sentido de la incompatibilidad entre el Decreto Legislativo 286/1998, según su modificación por la Ley 94/2009, y el Derecho de la Unión Europea véanse los equilibrados comentarios de AMATO, G., «Un sistema incompatibile con la direttiva UE perché non privilegia il rimpatrio volontario», *Guida al diritto*, 2011, 5, pp. 24-27 y de CASTELLANETA, M., «Necessario bilanciare sicurezza e diritti umani», *Guida al diritto*, 2011, 5, pp. 28-31.

²⁹ Véase las peticiones de decisiones prejudiciales *cit. supra*.

³⁰ Se trata de un procedimiento relativamente reciente, instituido en 2008 para tener en cuenta el papel creciente del TJUE en las cuestiones prejudiciales en materia de espacio de libertad, seguridad y justicia. El artículo 104 ter del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia fue introducido por el acto intitulado «*Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia*», publicado en *DOUE*, L 24 de 29.01.2008, pp. 39-41. La remisión prejudicial puede tramitarse mediante el procedimiento de urgencia a petición del órgano jurisdiccional nacional o, excepcionalmente, de oficio. El procedimiento de urgencia está regido por reglas especiales para garantizar una mayor rapidez, en particular en materia de notificación, pudiendo hasta llegar a omitir la fase escrita del procedimiento, en casos de extrema urgencia.

modificaciones del artículo sobre las cuestiones prejudiciales por el Tratado de Lisboa (y en particular la inserción de un nuevo párrafo, el cuarto en el artículo 267 TFUE, antes artículo 234 TCE³¹), aunque lamentablemente en la sentencia no se encuentre ninguna referencia explícita a dicha modificación.

Sin embargo, ese es quizás el único perfil de la sentencia que satisface plenamente.

2. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PENA DE PRISIÓN PREVISTA POR EL DERECHO INTERNO ITALIANO

Los jueces, interpretando al pie de la letra el artículo 8 de la Directiva 2008/115, reconocen que el Estado miembro que haya adoptado una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país en situación irregular puede, si fuese necesario, tomar ciertas medidas coercitivas para cumplir con su obligación de llevar a cabo el retorno³². La pena de prisión no puede, sin embargo, formar parte de dichas medidas coercitivas.

Analizando todo el razonamiento del Tribunal, la sensación es que en ciertos puntos no resulta suficientemente clara la distinción entre medidas coercitivas, adoptadas para llevar a cabo la expulsión forzosa conforme a la Directiva 2008/115, y las sanciones penales que un Estado miembro decida establecer por un comportamiento que libremente puede calificar como contrario a derecho en el ámbito de su competencia penal general³³ y específica en materia de inmigración clandestina³⁴. Sobre este punto, el artículo 14, apartado 5 *ter* del Decreto Legislativo 286/1998, según su modificación por la Ley 94, de 15 de julio de 2009³⁵ me parece claro, en

³¹ Que afirma rotundamente: «Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad».

³² Apartado 38 de la sentencia.

³³ Apartado 53 de la sentencia.

³⁴ Apartado 54 de la sentencia

³⁵ «5-ter. Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione

el sentido de que la pena de prisión no es una medida coercitiva adoptada para llevar a cabo el retorno de un nacional de terceros países en situación irregular. Al contrario, se trata de una reacción represiva del ordenamiento jurídico contra la infracción de una orden de la autoridad pública, sujeta a la comprobación de la falta de causa justificada de esa infracción.

Esta es la interpretación auténtica que da el gobierno italiano a su propio acto legislativo³⁶, interpretación compartida por el mismo Abogado General³⁷. Recordemos además que, como resulta de su propia reiterada jurisprudencia, el TJUE no es competente para interpretar con autoridad el derecho interno³⁸.

La pena de prisión impuesta por el derecho italiano al nacional de un tercer país que no cumpla con la obligación de salir del territorio de la República italiana, no es funcional al procedimiento de expulsión. La *ratio legis* es, al contrario, sancionar con dicha pena el comportamiento de un sujeto jurídico, considerándolo un delito. El Decreto Legislativo 286/1998 —según su modificación por la Ley 94 de 2009— otorga al ciudadano de un Estado no miembro de la UE en situación irregular la posibilidad de salir voluntariamente del país, tal y como es previsto por el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/115. Al mismo tiempo, califica la permanencia como delito sancionable con pena de prisión. Por lo tanto no cabe valorar la sanción prevista en el artículo 14, apartado 5ter del Decreto Legislativo 286/1998 a la luz de los criterios dictados por la Directiva 2008/115 en relación a las medidas coercitivas adoptadas para llevar a cabo la expulsión forzosa conforme al artículo 8, apartado 4, de dicha Directiva.

da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3».

³⁶ Punto 40 de la Opinión del Abogado General.

³⁷ Punto 41 de la Opinión del Abogado General.

³⁸ Véanse, en particular, la sentencia de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze y otros*, C-222/04, *Rec.* p. I-289, apartado 63, y la sentencia de 17 de marzo de 2011, *Naftiliaki Etairia Thasouae y Amaltheia I Naftiki Etairia*, C-128/10 y C-129/10, apartado 40, aún no publicada en la *Rec.*

3. EL ARTÍCULO 2, APARTADO 2, LETRA B) DE LA DIRECTIVA SOBRE SANCIONES PENALES: APLICABILIDAD Y EFECTOS

Si el Estado miembro decide aplicar una sanción penal, puede dejar inaplicada la Directiva 2008/115, porque este derecho le ha sido concedido por la misma Directiva, en particular el artículo 2, apartado 2, letra b). Según esta norma, la Directiva puede no aplicarse cuando, con arreglo a la legislación nacional, las medidas de retorno sean constitutivas de sanciones penales o bien consecuencia de sanciones penales.

La pena de prisión prevista por el derecho italiano no forma parte del procedimiento de retorno, siendo, al contrario, consecuencia de una permanencia en territorio italiano constatada como ilegítima y prorrogada injustificadamente.

Según la Opinión del Abogado General, avalada por el TJUE³⁹, la sanción penal *ex* artículo 14, apartado 5^{ter} del Decreto Legislativo 286/1998, según su modificación por la Ley 94, de 15 de julio de 2009, no estaría incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, letra b)⁴⁰.

Sin embargo, el artículo 2, apartado 2, letra b) se debe aplicar al caso en cuestión no porque el decreto de expulsión del Prefecto o la orden de expulsión del jefe de policía sean consecuencia de la condena penal de El Dridi (y efectivamente no lo son, tal y como dice el Abogado General), sino por cuanto la permanencia en el territorio de la República italiana, desobedeciendo a la orden de la autoridad sin justificado motivo, es calificada en sí misma como delito por el derecho interno.

A la argumentación del gobierno italiano, que considera la pena de prisión prevista por su derecho interno como consecuencia de un comportamiento grave, digno de sanción (es decir la permanencia —ilegítima— en su territorio del nacional de un tercer país a pesar de una orden de expulsión), el Tribunal de Justicia responde que esa pena puede perjudicar a la realización del objetivo pretendido por la Directiva 2008/115, a saber, la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los

³⁹ Apartado 49 de la sentencia.

⁴⁰ En cuanto «...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», Punto 25 de la Opinión del Abogado General.

nacionales de terceros países en situación irregular⁴¹, contrastando con su efecto útil.

La cuestión no me parece muy bien planteada. El TJUE, al contrario, hubiera tenido que preguntarse si es inadmisibile que el derecho penal interno de los Estados miembros prevea sanciones penales cuando esas contrastan con el efecto útil de un retorno eficaz y rápido. Y la respuesta hubiera tenido que ser necesariamente negativa, porque es la misma Directiva la que en su artículo 2, apartado 2, letra b), prevé que sus disposiciones no se aplican cuando las medidas de retorno son constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales. Eso significa que, en presencia de una sanción penal prevista por el derecho nacional, la Directiva no se impone en sentido absoluto.

Aplicando al pié de la letra el razonamiento del Tribunal de Justicia, sería el mismo artículo 2, apartado 2, letra b) el que contrastaría con el efecto útil, en cuanto la posibilidad de imponer una sanción penal de derecho interno aunque impida una expulsión eficaz y rápida, es explícitamente prevista por dicha disposición de la Directiva 2008/115. Norma que además, en si misma, no dicta límites a la libertad del derecho nacional de cualificar como penalmente relevante cualquier comportamiento⁴².

Evidentemente el principio inspirador de la Directiva es que, en general, los nacionales de terceros países en situación irregular no deben ser considerados delincuentes y tratados como tales⁴³. Sin embargo, al mismo tiempo la Directiva deja a los Estados miembros la libertad de valorar las condiciones concretas, por lo cual si al lado de personas que sólo quieren mejorar sus condiciones de vida hay otras cuya conducta el Estado miembro califica como peligrosa, entonces el Estado mismo puede llegar a dejar inaplicada la Directiva.

4. ¿CONTRADICCIONES DE LA PENA DE PRISIÓN CON UNA POLÍTICA DE EXPULSIÓN RÁPIDA Y EFICAZ?

Tampoco convence la afirmación según la cual el establecimiento de una pena de prisión como la italiana sería contraria al objetivo de la Directiva

⁴¹ Apartado 59 de la sentencia.

⁴² Aunque obviamente existen límites en virtud del derecho internacional, de la Unión europea y de las Constituciones nacionales de cada Estado miembro.

⁴³ Véanse, en particular, considerandos 6, 10, 12, 13, 16, 17. Prácticamente todos los artículos de la directiva me parecen inspirados por este principio.

2008/115, siendo éste «la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular»⁴⁴, en cuanto demoraría «la ejecución de la decisión de retorno»⁴⁵.

Preliminarmente, no me parece que la celeridad de la expulsión se encuentre entre los objetivos explícitos de la Directiva. Al contrario, lo que de verdad preocupa al legislador es que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente⁴⁶ y 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 humanos⁴⁷.

En segundo lugar, cabe preguntarse por qué razones se ha considerado necesario instaurar una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular a nivel de la Unión Europea, tan eficaz que ni puede demorar la ejecución de la decisión de expulsión. ¿Cual es la *ratio legis*? Dicha necesidad evidentemente ha surgido como corolario de la progresiva instauración de la libre circulación de personas en el territorio de los Estados miembros de la UE, en particular de los que han ratificado el Tratado de Schengen⁴⁸. En verdad, el riesgo que se ha querido evitar es que los nacionales de terceros países en situación irregular circulen libremente entre los países de la Unión. Ahora bien, parece evidente que una persona sometida a una pena privativa de libertad no puede pasar de un Estado a otro.

Finalmente el Tribunal, que bien reconoce la facultad de los Estados miembros en adoptar medidas, incluso de carácter penal, con el fin de disuadir a los nacionales de terceros países objeto de una orden de expulsión de permanecer ilegalmente en el territorio de esos Estados⁴⁹, no cumple del todo con este reconocimiento, al infravalorar que el establecimiento de una sanción penal real, como la pena de prisión (y no sólo teórica, según muchas veces resultan ser las sanciones pecuniarias inflingidas a nacionales de terceros países en situación irregular) puede llegar a facilitar —gracias a

⁴⁴ Apartado 59 de la sentencia.

⁴⁵ Apartado 59 de la sentencia y punto 42 de la Opinión del Abogado General.

⁴⁶ Considerando 6 de la Directiva 2008/115/CE

⁴⁷ Artículo 1 de la Directiva 2008/115/CE. Véase también el apartado 31 de la sentencia.

⁴⁸ «La presente Directiva desarrolla disposiciones del acervo de Schengen en virtud del título IV de la tercera parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea», considerando 25 de la Directiva 2008/115/CE.

⁴⁹ Apartado 52 de la sentencia.

su efecto de disuasión— el retorno voluntario, que la Directiva considera la opción privilegiada⁵⁰.

5. REACCIÓN DEL LEGISLADOR ITALIANO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras unas reacciones políticas muy animadas, el gobierno italiano, deseando colmar el vacío dejado por la sentencia del TJUE⁵¹, ha tenido que adoptar un nuevo acto legislativo de derecho interno, el Decreto-Ley n. 89 de 23 de junio de 2011, titulado «Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari»⁵². A pesar de todas las críticas que no hemos ahorrado a la decisión del Tribunal de Justicia, parece, *prima facie*, que ésta ha tenido un efecto positivo, empujando al gobierno italiano a poner en vigor las disposiciones de derecho interno necesarias para la trasposición de la Directiva 2008/115, cosa que no había hecho en el término previsto por la misma Directiva⁵³.

Sin embargo, si uno de los objetivos de la Directiva es que, en general, los nacionales de terceros países en situación irregular no deben ser considerados delincuentes ni tratados como tales, entonces la solución elegida por el legislador italiano en ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia⁵⁴, me parece que se aleja más aún de este objetivo. En efecto, el Decreto-Ley n. 89/2011 para instaurar «una política eficaz de expulsión y

⁵⁰ Considerando 10 y artículo 7 de la Directiva.

⁵¹ En virtud de jurisprudencia reiterada del TJUE (véanse en particular las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629, apartado 24; de 22 de mayo de 2003, *Connect Austria*, C-462/99, *Rec.* p. I-5197, apartados 38 y 40, y de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, apartado 43, aún no publicada en la *Rec.*, incumbe a los jueces de los Estados miembros aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho de la Unión, y de garantizar su plena eficacia, dejando inaplicada cualquier disposición de derecho interno contraria al resultado de las directivas, en el caso en cuestión el artículo 14, apartado 5^{ter} del Decreto Legislativo n. 286/1998, debiendo además tener debidamente en cuenta el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve, que forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Véase apartado 61 de la sentencia.

⁵² Estando en prensa el presente artículo, el Decreto-Ley n. 83/2011 ha pasado a ser la Ley, núm. 129/2011.

⁵³ Es decir el 24 de diciembre de 2010, como resulta del artículo 22 de la Directiva.

⁵⁴ Véase, en particular el apartado 52 de la sentencia.

de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular» sin «demorar la ejecución de la decisión de retorno»⁵⁵, impone al nacional de un tercer país en situación irregular que no haya cumplido una orden de expulsión dictada contra él como sanción penal, una multa que puede ser substituida por la expulsión inmediata. Eso permite dejar inaplicada la Directiva, en virtud de su artículo 2, apartado 2, letra b)⁵⁶, sin que el Estado deba hacerse cargo de la pena de prisión. Por otra parte, visto el número de naciones de terceros países en situación irregular, la aplicación de dicha pena habría conllevado el riesgo de hacer más grave aún la situación de acinamiento en las cárceles italianas, ya sumamente crítica. Sin tener en cuenta los riesgos que se derivarían de un poder tal vez excesivo, atribuido al juez en el momento de evaluar la subsistencia o no de un motivo justificado para imponer o no imponer la pena de prisión.

TJUE – SENTENCIA DE 28.04.2011, *HASSEN EL DRIDI, ALIAS SOUFI KARIM*, ASUNTO C-61/11 PPU – «ESPACIO DE LIBERTAD, DE SEGURIDAD Y DE JUSTICIA – DIRECTIVA 2008/115/CE – RETORNO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAISES EN SITUACION IRREGULAR – ARTICULOS 15 Y 16 – NORMATIVA NACIONAL QUE PREVÉ UNA PENA DE PRISIÓN EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN DE SALIDA DEL TERRITORIO»

¿LA PENA DE PRISIÓN PARA INMIGRANTES IRREGULARES PERJUDICA LA POLÍTICA DE RETORNO DE LA UNIÓN?

RESUMEN: En esta sentencia, el TJUE aborda la cuestión de la compatibilidad con el Derecho de la Unión, y en particular con la Directiva 2008/115/CE, de una normativa nacional que prevé una pena de prisión para los nacionales de terceros países en situación irregu-

⁵⁵ Apartado 59 de la sentencia.

⁵⁶ Habiendo sido eso el objetivo del legislador italiano, como resulta de los trabajos parlamentarios: «E, in effetti, già nel corso dei lavori parlamentari si evidenziò che tale previsione era proprio formulata in chiave di aggiramento al meccanismo previsto dalla direttiva rimpatri, confidando nel fatto che tale previsione avrebbe ‘sottratto’ all’ambito di applicazione della direttiva le espulsioni disposte come sanzione sostitutiva per la violazione dell’art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998; ciò in virtù della clausola di riserva inserita nell’art. 2, comma 2, lett.b), direttiva 2008/115/CE secondo il quale ‘gli stati membri possono decidere di non applicare la direttiva ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di sanzione penale’». NATALE, A., «La direttiva 2008/115/CE. Il decreto legge di attuazione n. 89/2011 —prime riflessioni a caldo—», *Diritto penale contemporaneo*, 24/6/2011, pp. 1-27.

lar en caso de incumplimiento de una orden de salida del territorio de un Estado miembro. El Tribunal afirma la incompatibilidad en cuanto dicha pena podría perjudicar a la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular, objetivo pretendido por la Directiva. Sin embargo, el razonamiento del Tribunal no convence del todo, principalmente porque la misma Directiva, en su artículo 2, apartado 2, letra b), prevé que en presencia de una sanción penal dictada por el derecho nacional, la Directiva no se impone en sentido absoluto.

PALABRAS CLAVE: inmigración, espacio de libertad, de seguridad y de justicia, retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, derecho de la Unión europea y derecho penal interno de los Estados miembros, pena de prisión.

CJEU - JUDGMENT OF 28.04.2011, *HASSEN EL DRIDI ALIAS KARIM SOUFI*,
CASE C-61/11 PPU - «AREA OF FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE —
DIRECTIVE 2008/115/EC — RETURN OF ILLEGALLY STAYING THIRD
COUNTRY NATIONALS — ARTICLES 15 AND 16 — NATIONAL LEGISLATION
PROVIDING FOR A PRISON SENTENCE IN THE EVENT OF REFUSAL TO
OBEY AN ORDER TO LEAVE THE TERRITORY»

DOES THE PENALTY OF PRISON FOR IRREGULAR IMMIGRANTS
JEOPARDISE THE RETURN POLICY OF THE UNION?

ABSTRACT: In this judgment, the CJEU examines the compatibility with EU Law, in particular with Directive 2008/115/CE, of a national legislation providing for a prison sentence for illegally staying third-country nationals in the event of refusal to obey an order to leave the territory of a Member State. The Court upholds that it is actually incompatible, because such a penalty risks jeopardising the establishment of an effective policy of removal and repatriation of illegally staying third-country nationals, which is the objective pursued by that directive. The reasoning of the Court does not convince completely, mainly because the same Directive, in its Article 2 (2) (b) states that in case of a criminal law sanction, provided by national law, Member States may decide not to apply the Directive.

KEY WORDS: immigration, area of freedom, security and justice, return of illegally staying third-country nationals, European Union Law and national Criminal Law, prison sentence.

CJUE – ARRÊT DU 28.04.2011, *HASSEN EL DRIDI ALIAS KARIM SOUFI*,
AFFAIRE C-61/11 PPU - «ESPACE DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET DE JUSTICE
— DIRECTIVE 2008/115/CE — RETOUR DES RESSORTISSANTS DE PAYS
TIERS EN SÉJOUR IRRÉGULIER — ARTICLES 15 ET 16 —
RÉGLEMENTATION NATIONALE PREVOYANT UNE PEINE
D'EMPRISONNEMENT EN CAS DE REFUS D'OBEIR A UN ORDRE
DE QUITTER LE TERRITOIRE»

LA PEINE DE PRISON POUR LES IMMIGRANTS CLANDESTINS
VA À L'ENCONTRE DE LA POLITIQUE DE RETOUR DE L'UE?

RESUME: Dans ce jugement, la CJUE examine la compatibilité avec le droit de l'Union européenne —et en particulier avec la directive 2008/115/CE— d'une réglementation nationale prévoyant une peine d'emprisonnement pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier en cas de refus d'obéir à un ordre de quitter le territoire d'un Etat membre. La Cour décide pour l'incompatibilité car une telle peine, en raison notamment de ses conditions et modalités d'application, risque de compromettre l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, considéré comme l'objectif poursuivi par ladite directive. Le raisonnement de la Cour néanmoins, n'est pas totalement convaincant, notamment parce que la même directive, dans son article 2, paragraphe 2, sous b), prévoit qu'en présence d'une sanction pénale dictée par le droit interne, la directive ne se impose pas dans un sens absolu.

MOTS CLÉS: immigration, espace de liberté, de sécurité et de justice, retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, droit de l'Union européenne et droit pénal interne, peine d'emprisonnement.