



INSIGHT

## PENA DE PRISIÓN E INMIGRACIÓN IRREGULAR: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ASUNTO C-290/14, *CELAJ*

ELISA URÍA GAVILÁN\*

**ABSTRACT:** This case deals with the relation between national criminal Law and the European legislation on migration. More precisely, it tackles the compatibility of the imposition of a custodial sentence to a non-European citizen in an irregular situation under the Return Directive 2008/115/CE. Unlike the previous cases in which the Court of Justice was called upon to pronounce on the interpretation of this Directive, the facts of this case concern the violation of an entry ban to the territory of a Member State, issued together with a return decision. Indeed, the applicant is Mr. Celaj, an Albanian citizen, who had entered Italy illegally, infringing the entry ban that this State had imposed on him. The Court ignored the Opinion of Advocate General Szpunar and changed course in relation to its previous case law on the matter, as it considered that the imposition of the custodial sentence in the *Celaj* case was compatible with the Directive. The Court justified its shift on the difference between the facts of this case and the previous ones, which dealt with the own return procedure and not with the violation of an entry ban, such as the one at stake.

**KEYWORDS:** Return Directive – irregular migration – entry-ban decision – detention – criminal law.

### I. INTRODUCCIÓN

¿Se puede castigar con pena de cárcel el hecho de que un nacional de un tercer país vuelva a entrar en un Estado miembro cuando tiene prohibición expresa de hacerlo? Reproducida en términos muy básicos, ésta es la pregunta a la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha debido dar respuesta en la sentencia de 1 de octubre de 2015 en el asunto *Celaj*.<sup>1</sup> En efecto, el TJUE ha abordado en este caso la relación entre la normativa de inmigración y el Derecho penal, y de forma más concreta, la compatibilidad de la imposición de una pena de prisión a un ciudadano no

\* PhD candidate, University Carlos III of Madrid, euria@der-pu.uc3m.es.

<sup>1</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 1 de octubre de 2015, asunto C-290/14, *Celaj*.

europeo en situación irregular con la Directiva 2008/115/CE para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en adelante, 'la Directiva').<sup>2</sup>

Este acto legislativo establece normas y procedimientos comunes aplicables en los Estados miembros para la expulsión de su territorio de los nacionales de terceros países en situación irregular "de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos".<sup>3</sup> En este sentido, conviene precisar que el objeto de la Directiva no es armonizar totalmente las normas nacionales en materia de residencia de extranjeros, sino sólo las decisiones de retorno y su ejecución. Esta normativa prevé la adopción, frente a todo nacional de un tercer país en situación irregular en un Estado miembro, de una decisión de retorno que da comienzo a un período de retorno voluntario. Una vez expirado este plazo, si la persona no ha abandonado el país, la normativa impone a los Estados que adopten una orden de expulsión forzosa, empleando las medidas menos coercitivas posibles. Además, la Directiva impone a los Estados que, aparejada a la decisión de retorno, dicten una prohibición de entrada en dos casos: i) si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria o ii) si la obligación de retorno no se ha cumplido.<sup>4</sup> En estas dos situaciones los Estados están obligados a adoptar la prohibición de entrada, pero fuera de ellas, tienen discrecionalidad para emitir una si lo consideran oportuno.<sup>5</sup>

## II. RESUMEN DE LOS HECHOS

El Sr. Celaj, un nacional albanés, fue condenado en Italia por tentativa de robo con violencia a una pena privativa de libertad de un año y a una multa de 400 euros, mediante una sentencia que adquirió fuerza de cosa juzgada el 15 de marzo de 2012. La ejecución de dicha sentencia fue suspendida, pero el 17 de abril de 2012, el *Prefetto* de Florencia dictó una orden de expulsión y el Jefe de Policía de Florencia (el *Questore*) dictó una orden de salida del país, acompañada de la prohibición de volver a entrar en Italia durante tres años. En su decisión, el *Prefetto* de Florencia precisó que se excluía la posibilidad de una repatriación voluntaria, debido a que las circunstancias del caso exigían la expulsión inmediata del Sr. Celaj. Sin embargo, no se ejecutó la expulsión forzosa, dado que no estaban disponibles medios de transporte aéreo y no era posible ingresar al ciudadano albanés en un centro de internamiento. Así, el *Questore* le ordenó abandonar el territorio nacional advirtiéndole que, en caso de que no lo hiciera, se le aplica-

<sup>2</sup> Directiva 2008/115/CE del Parlamento europeo y del Consejo relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE L 348, p. 98).

<sup>3</sup> Art. 1 de la Directiva.

<sup>4</sup> Art. 11, apdo. 1, de la Directiva.

<sup>5</sup> Art. 11, apdo. 1, de la Directiva.

rían las sanciones previstas en la ley. El Sr. Celaj permaneció en Italia hasta que, por iniciativa propia, se presentó en la oficina de policía de la frontera de Brindisi y abandonó voluntariamente el territorio italiano.

Posteriormente, el Sr. Celaj entró de nuevo en territorio italiano, infringiendo la prohibición que le impedía hacerlo durante tres años. Fue detenido el 14 de febrero de 2014 por las autoridades italianas. El Ministerio Fiscal inició un procedimiento penal contra él ante el *Tribunale di Firenze* solicitando una condena de ocho meses de prisión sobre la base de la legislación italiana. El abogado del interesado solicitó su puesta en libertad alegando que esa normativa nacional era contraria a la Directiva 2008/115/CE y que, por tanto, los hechos no eran constitutivos de delito. En el marco de este procedimiento, el *Tribunale di Firenze* planteó la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia:

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

### III. PRECEDENTES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

No es la primera vez que el TJUE debe decidir sobre la compatibilidad de la imposición de una pena privativa de libertad de una persona en situación irregular en un Estado miembro con la Directiva. Hay una línea jurisprudencial del Tribunal que aborda la relación entre este tipo de sanciones con esta norma (*El Dridi*,<sup>6</sup> *Achughbabian*,<sup>7</sup> *Sagor*<sup>8</sup>). No obstante, las circunstancias del caso *Celaj* son ligeramente diferentes en el sentido de que no se trata de una mera estancia irregular ante una decisión de retorno, sino que versa sobre la posterior violación de la prohibición de entrada que acompañaba a esa decisión.<sup>9</sup> Y esta distinción se torna crucial para el resultado final del pronunciamiento del Tribunal, como veremos a continuación.

En *El Dridi* – donde, por cierto, también se cuestionaba la normativa penal italiana – el Tribunal declaró que la prisión como respuesta al incumplimiento de la obligación de

<sup>6</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 28 de abril de 2011, asunto C-61/11PPU, *El Dridi*.

<sup>7</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11, *Achughbabian*.

<sup>8</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11, *Sagor*.

<sup>9</sup> Como recuerda el Abogado General Szpunar en el apartado 54 de sus conclusiones, la jurisprudencia respecto a las prohibiciones de entrada es exigua. Un ejemplo es la sentencia de 19 de septiembre de 2013, asunto C-297/12, *Filev y Osmani*, relativa a la duración máxima que puede tener una prohibición de entrada.

abandonar el país durante el período de salida voluntaria no era compatible con la Directiva.<sup>10</sup> En *Achughbaban*, el Tribunal consideró que la Directiva se oponía a la imposición de una pena de cárcel por estancia irregular con anterioridad a la emisión de la decisión de expulsión o durante el procedimiento de retorno.<sup>11</sup> En *Sagor* – donde también era objeto de controversia la legislación italiana – no se trataba de prisión sino de una pena de arresto domiciliario, pero el Tribunal consideró igualmente que era incompatible con la Directiva en tanto en cuanto no se garantizara que la ejecución de tal pena debía finalizar tan pronto como fuera posible el traslado físico del interesado fuera del territorio de dicho Estado miembro.<sup>12</sup> Es clave la justificación que el Tribunal invocó para su conclusión en los tres casos; la pena privativa de la libertad (tanto la prisión como el arresto domiciliario) retrasaría la expulsión de la persona en situación irregular y por tanto, pondría en peligro el objetivo perseguido por la Directiva.<sup>13</sup>

#### IV. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL MACIEJ SZPUNAR

“¿Es delito ser extranjero? Entendemos que no”, con esta frase tan directa abre el Abogado General sus conclusiones, replicando, a su vez, las palabras con las que concluye el voto particular parcialmente discrepante emitido conjuntamente por seis jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Saadi c. Reino Unido*,<sup>14</sup> referente a la detención de un demandante de asilo. A continuación cita una declaración de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “el mero hecho de que un inmigrante se halle en situación irregular no debe considerarse nunca causa suficiente para el internamiento”<sup>15</sup>. Consciente de que la criminalización de los ciudadanos en situación irregular en la Unión es un tema objeto de “acalorado debate”, Szpunar propone evitar caer en la tentación de introducir “consideraciones sobre *política* legislativa, tal como las dos declaraciones citadas pretenden ilustrar”.<sup>16</sup> Por tanto, el Abogado General hace una propuesta al Tribunal basándose exclusivamente en la eficiencia de la Directiva.

<sup>10</sup> *El Dridi*, cit., apdo. 58.

<sup>11</sup> *Achughbaban*, cit., apdo. 50.

<sup>12</sup> *Sagor*, cit., apdo. 47.

<sup>13</sup> *El Dridi*, cit., apdo. 59; *Achughbaban*, cit., apdo. 45; *Sagor*, cit., apdo. 45.

<sup>14</sup> Véase el voto particular parcialmente discrepante de los jueces Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann y Hirvelä en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29 de enero de 2008, n. 13229/03, *Saadi c. Reino Unido*.

<sup>15</sup> Véase *Detention of third country nationals in return procedures*, Informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2011, p. 19, fra.europa.eu.

<sup>16</sup> Conclusiones del Abogado General Szpunar, apdo. 4. En el mismo sentido, véase M. GARCÍA, *Criminal sanctions and the Return Directive: the CJEU's ruling in Celaj clarifies an incestuous relationship*, en *EU Migration Law Blog*, 28 de octubre de 2015, eumigrationlawblog.eu.

Siguiendo el mismo razonamiento que el TJUE en su anterior jurisprudencia, el Abogado General Szpunar afirma que “el objetivo primordial de la Directiva 2008/115/CE no es prevenir las estancias irregulares, sino poner fin a las mismas. Habida cuenta del carácter accesorio de la prohibición de entrada, las medidas por las que se sanciona su incumplimiento no pueden poner en peligro tal objetivo primordial. En otras palabras, el internamiento o encarcelamiento a fin de ejecutar una prohibición de entrada no deben perjudicar un futuro procedimiento de retorno”.<sup>17</sup> Szpunar considera, al igual que el órgano jurisdiccional nacional remitente, que carece de relevancia distinguir entre las diversas situaciones en que puede hallarse un ciudadano extranjero en función de si su presencia en el Estado miembro se debe a una entrada irregular o a una nueva entrada irregular tras una expulsión anterior.<sup>18</sup> Recuerda la obligación que impone la Directiva a los Estados miembros de adoptar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en un Estado miembro en situación irregular.<sup>19</sup> Por tanto, según Szpunar, si una vez que se demuestra que un ciudadano de un tercer país se encuentra ilegalmente en el territorio de un Estado miembro, este país no adopta una decisión de retorno sino que propicia el encarcelamiento de esa persona, estaría suspendiendo sus obligaciones derivadas de la Directiva.<sup>20</sup> Así, el Abogado General considera que el Estado miembro estaría vulnerando la legislación europea si impusiera una pena de prisión en vez de adoptar inmediatamente una decisión de retorno.

Por eso, Szpunar pide al Tribunal que aclare la línea jurisprudencial de las sentencias *El Dridi*, *Achughbajian* y *Sagor*, y que para ello, tome en consideración el objetivo principal de la Directiva: el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Le propone la siguiente conclusión: “El Tribunal de Justicia debería declarar que la Directiva 2008/115 se opone a una sanción penal de ese tipo (...) en aras de la eficacia de la Directiva 2008/115”.<sup>21</sup>

## V. LA SENTENCIA

El Tribunal no sigue las propuestas del Abogado General y alcanza una conclusión totalmente diferente de la presentada por éste. Efectivamente, el TJUE considera que la Directiva no se opone a la imposición de una pena de prisión a una persona que ha vuelto a entrar en el territorio de un Estado miembro vulnerando una prohibición de entrada.<sup>22</sup> El Tribunal justifica el viraje respecto a la jurisprudencia anterior afirmando

<sup>17</sup> Conclusiones del Abogado General Szpunar, apdo. 57.

<sup>18</sup> Conclusiones del Abogado General Szpunar, apdos. 47-50.

<sup>19</sup> Art. 6, apdo. 1, de la Directiva: “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”.

<sup>20</sup> Conclusiones del Abogado General Szpunar, apdo. 50.

<sup>21</sup> Conclusiones del Abogado General Szpunar, apdo. 6.

<sup>22</sup> *Celaj*, cit., apdo. 33.

que las circunstancias del caso *Celaj* son distintas de las de los asuntos anteriores.<sup>23</sup> Según Luxemburgo, en *El Dridi* y *Achughbaban* los nacionales de terceros países eran objeto de un primer procedimiento de retorno en el Estado miembro, mientras que en este asunto ya no estamos en el contexto de este procedimiento – recordemos que el Sr. Celaj abandonó voluntariamente el territorio italiano – sino ante una fase ulterior: la violación de una prohibición de entrada.

Aunque el Tribunal no siga la propuesta del Abogado General, sí coincide, en cambio, con la argumentación tanto de la Comisión Europea como de los gobiernos intervinientes en el procedimiento – italiano, checo, alemán, griego, noruego y suizo – que también consideran que debe distinguirse entre la primera entrada de un nacional de un tercer país y su entrada subsiguiente, una vez que se ha sustanciado un procedimiento de retorno.<sup>24</sup> Este argumento de la diferenciación entre las circunstancias de los casos *El Dridi* y *Achughbaban* y los hechos de *Celaj* fue decisivo para el resultado final del pronunciamiento. Sin embargo, ese enfoque ha sido objeto de dura crítica por parte de la doctrina.<sup>25</sup>

En efecto, la cuestión clave en este asunto es: ¿Realmente importa tanto que estemos ante el primer procedimiento de retorno o ante una segunda entrada? En ambos casos se trata de un nacional de un tercer país que se encuentra en un Estado miembro de forma irregular. Parece, por tanto, irrelevante que se trate de un primer ingreso o de una ‘reentrada’ irregular, tal y como señalaba el Abogado General Szpunar. En teoría, todos los procedimientos de retorno regulados por la Directiva tienen el mismo objetivo: el rápido traslado del ciudadano extracomunitario fuera del territorio de la Unión. El Tribunal de Luxemburgo ha reconocido de forma reiterada que, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son competencia de los Estados miembros, pero no implica que esta rama del Derecho no pueda verse afectada por el Derecho de la Unión.<sup>26</sup> Así, según el TJUE, el límite de la actuación de los Estados en el ámbito penal sería el efecto útil de la Directiva. En este sentido, el Tribunal afirma en la sentencia *Celaj*, apoyándose en su propia jurisprudencia, que un “Estado miembro no puede aplicar una normativa penal que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos perseguidos por la referida Directiva y privar a ésta de su efecto útil”.<sup>27</sup> Pues bien, esta afirmación parece contradictoria con la conclusión a la que llega, dado que,

<sup>23</sup> *Celaj*, cit., apdo. 28: “Por tanto, las circunstancias del asunto principal se distinguen claramente de las controvertidas en los asuntos en los que se dictaron las sentencias *El Dridi* (C-61/11 PPU) y *Achughbaban* (C-329/11), en los que los nacionales de los terceros países en situación irregular eran objeto de un primer procedimiento de retorno en el Estado miembro en cuestión”.

<sup>24</sup> Conclusiones del Abogado General, apdo. 46.

<sup>25</sup> Véase I. MAJCHER, *The CJEU’s Ruling in Celaj: Criminal penalties, entry bans and the Returns Directive*, en *EU Law Analysis Blog*, 6 de octubre de 2015, eulawanalysis.blogspot.it; C. PEYRONNET, *De l’éloignement à la neutralisation : la CJUE navigue à vue dans la mer de l’irrégularité*, en *Revue des droits de l’homme*, 2015, revdh.revues.org.

<sup>26</sup> Véase *Achughbaban*, cit., apdo. 33; *El Dridi*, cit., apdos. 53-55.

<sup>27</sup> *Celaj*, cit., apdo. 21.

como señalaba el Abogado General, una pena de privación de libertad no hace más que dilatar el objetivo último de la Directiva; el retorno a la mayor celeridad posible de las personas en situación irregular. De esta forma, la pena de prisión estaría privando a la Directiva de su "efecto útil".

Asimismo, es sorprendente la ausencia de referencias a instrumentos internacionales y a jurisprudencia de derechos humanos, tratándose de una cuestión prejudicial de cuya resolución depende, en última instancia, la libertad del Sr. Celaj.<sup>28</sup> En primer lugar, es llamativo que el Tribunal no haga referencia alguna a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que recoge el derecho a la libertad y la seguridad en su art. 6. Si bien es cierto que el Tribunal se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo hace de manera genérica, dado que no llega ni siquiera a citar el art. 5 que recoge aquél derecho.<sup>29</sup> Además, el Tribunal cita la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra<sup>30</sup> – más concretamente su art. 31, párr. 1 que prohíbe la imposición de sanciones penales a los refugiados – pero no es aplicable a este caso porque el demandante, el Sr. Celaj, no es demandante de asilo. Por último, llama la atención que el TJUE no se haga eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la detención (tanto administrativa como penal) de ciudadanos extranjeros en situación irregular.<sup>31</sup>

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

En la sentencia *Celaj*, Luxemburgo se aparta tanto de las conclusiones del Abogado General como de la jurisprudencia que el mismo Tribunal había establecido pocos años

<sup>28</sup> En efecto, si el Tribunal hubiese decidido que la Directiva se opone a la normativa nacional, el órgano jurisdiccional italiano habría estado obligado a dejarla inaplicada, y por tanto, el Sr. Celaj no sería castigado con una pena de cárcel, como recuerda el Abogado General en el apartado 62 de sus conclusiones: "Por último, debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual un órgano jurisdiccional nacional deberá, en el marco de su competencia, aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión garantizando su plena eficacia, y dejar inaplicadas las disposiciones del Derecho nacional que sean contrarias a la Directiva 2008/115. Así pues, el órgano jurisdiccional remitente debe dejar inaplicado el artículo 13, apartado 13, del Decreto Legislativo n° 286/1998 en la medida en que prevé la imposición de una pena de prisión al Sr. Celaj por el único motivo de que, tras regresar a su país de origen, entró de nuevo en el territorio italiano".

<sup>29</sup> *Celaj*, cit., apdo. 32: "La imposición de una sanción penal de este tipo también está sometida al pleno respeto tanto de los derechos fundamentales, en particular los que garantiza el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (véase, en ese sentido, la sentencia *Achughbabian*, C-329/11, apdo. 49), como, en su caso, de la Convención de Ginebra, en particular su artículo 31, apartado 1".

<sup>30</sup> La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, en *Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 189, n. 2545, 1954, p. 150, entró en vigor el 22 de abril de 1954. Véase *Celaj*, cit., apdos. 3, 4 y 32.

<sup>31</sup> Como por ejemplo, *Saati c. Reino Unido*, cit., o Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 19 de junio de 2008, n. 8320/04, *Ryabikin v. Russia*.

antes. La justificación de este cambio de rumbo es dudosamente acertada, ya que no vela ni por la eficiencia de la Directiva de retorno ni, menos aún, por los derechos fundamentales. En este sentido, este pronunciamiento es muestra de la incoherencia del Tribunal en la protección de aquéllos. Por un lado, el TJUE dicta sentencias en las que manifiesta un alto grado de escrutinio de la defensa de los derechos humanos cuando se trata de actos normativos de la propia Unión (*Schrems*<sup>32</sup> o *Digital Rights Ireland*<sup>33</sup>), pero este nivel de protección disminuye considerablemente cuando el objeto de controversia es un acto legislativo nacional (*Delvigne*<sup>34</sup> o *Celaj*<sup>35</sup>). Así, este pronunciamiento supone un triunfo para los Estados miembros, a quienes se les reconoce amplio margen de maniobra para imponer sanciones penales cuando un ciudadano de un tercer país reingresa en su territorio tras haberse adoptado una prohibición de entrada, aparejada a una decisión de retorno. Bajo el pretexto de la disuasión de nacionales de terceros Estados de volver a entrar ilegalmente en su territorio, algunos Estados miembros avanzan por la senda de la criminalización de la inmigración. Y según el Tribunal de Justicia, la Directiva de retorno lo permite.

<sup>32</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14, *Schrems*.

<sup>33</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland*.

<sup>34</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 6 de octubre de 2015, asunto C-650/13, *Delvigne*.

<sup>35</sup> D. SARMIENTO, *What Schrems, Delvigne and Celaj tell us about the state of fundamental rights in the EU*, en *Despite our differences Blog*, 16 de octubre de 2015, [despiteourdifferencesblog.wordpress.com](http://despiteourdifferencesblog.wordpress.com).