Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PRIIT PIKAMÄE
presentadas el 10 de febrero de 2021 [1]

**Asunto C-546/19**

**BZ**
**contra**
**Westerwaldkreis**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Controles en las fronteras, asilo e inmigración — Política de inmigración — Retorno de nacionales de terceros países en situación irregular — Directiva 2008/115/CE — Ámbito de aplicación — Prohibición de entrada impuesta a un nacional de un tercer país tras una condena penal — Motivos de orden público y seguridad pública — Revocación de la decisión de retorno — Legalidad de la prohibición de entrada»

1. En el presente asunto, el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania) plantea de nuevo al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. [2]

2. Las cuestiones planteadas por el tribunal remitente en el caso de autos permitirán al Tribunal de Justicia proporcionar las aclaraciones necesarias sobre dos aspectos relativos a la «prohibición de entrada», establecida por la Directiva 2008/115, que excluye la entrada y la estancia en el territorio de todos los Estados miembros. Más concretamente, se solicita al Tribunal de Justicia que defina, en primer lugar, el alcance del margen de que disponen los Estados miembros para adoptar prohibiciones de entrada regidas exclusivamente por las normas de Derecho nacional y, en segundo lugar, el vínculo jurídico establecido por la referida Directiva entre la prohibición de entrada y la decisión de retorno.

[1] Lengua original: francés.

[2] DO 2008, L 348, p. 98.

## I. Marco jurídico

### *A. Derecho de la Unión*

#### *1. Directiva 2008/115*

3. El artículo 1 de la Directiva 2008/115 («Objeto») dispone lo siguiente:

«La presente Directiva establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno 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.»

4. A tenor del artículo 2, apartados 1 y 2, de dicha Directiva («Ámbito de aplicación»):

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

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

[…]

b) que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición.»

5. El artículo 3 de la citada Directiva («Definiciones») establece lo siguiente:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[…]

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

[…]

6) "prohibición de entrada": una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se prohíba la entrada y la estancia en el territorio de los Estados miembros por un período de tiempo determinado, unida a una decisión de retorno;

[…]».

6. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115 («Decisión de retorno») preceptúa lo siguiente:

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

7. A tenor del artículo 9, apartado 1, de dicha Directiva («Aplazamiento de la expulsión»):

«1. Los Estados miembros aplazarán la expulsión:

a) cuando esta vulnere el principio de no devolución […]».

8. Conforme al artículo 11 de la citada Directiva («Prohibición de entrada»):

«1. Las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada:

a) si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o

b) si la obligación de retorno no se ha cumplido.

En otros casos, las decisiones de retorno podrán ir acompañadas de una prohibición de entrada.

2. La duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años. Podrá sin embargo exceder de cinco años si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

[…]»

### *2. Reglamento (CE) n.º 1987/2006*

9. El artículo 24, apartados 1 a 3, del Reglamento (CE) n.º 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)[3] dispone lo siguiente:

«1. Los datos relativos a los nacionales de terceros países para los que se haya introducido una descripción a efectos de denegación de entrada o estancia se introducirán sobre la base de una descripción nacional resultante de una decisión adoptada, observando las normas de procedimiento previstas por la legislación nacional, por las autoridades administrativas o por los órganos jurisdiccionales competentes. Esta decisión solo podrá tomarse sobre la base de una evaluación del caso concreto. Los recursos contra esta decisión se interpondrán con arreglo a la legislación nacional.

[3] DO 2006, L 381, p. 4.

2. Podrá introducirse una descripción cuando la decisión a que se refiere el apartado 1 se base en la amenaza que para el orden público o la seguridad nacional pueda constituir la presencia de un nacional de un tercer país en el territorio de un Estado miembro. Este podrá ser particularmente el caso:

a) de un nacional de un tercer país que haya sido condenado en un Estado miembro por un delito sancionado con una pena privativa de libertad de un año como mínimo;

b) de un nacional de un tercer país sobre el cual existan razones serias para creer que ha cometido delitos graves o sobre el cual existan indicios claros de que piensa cometer tales delitos en el territorio de un Estado miembro.

3. Podrá introducirse asimismo una descripción cuando la decisión a que se refiere el apartado 1 se haya basado en el hecho de que el nacional del tercer país haya sido objeto de una medida de expulsión, denegación de entrada o traslado que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de normas nacionales relativas a la entrada o a la residencia de nacionales de terceros países.»

### *B. Derecho alemán*

10. La Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Ley relativa a la Estancia, al Trabajo y a la Integración de los Extranjeros en el Territorio Federal) (BGBl. 2008 I, p. 162), en su versión aplicable a los hechos del litigio principal (en lo sucesivo, «AufenthG»), incluye un artículo 11 («Prohibición de entrada y de residencia») que tiene el siguiente tenor:

«1. El extranjero que haya sido objeto de una medida de expulsión, de denegación de entrada o de traslado/alejamiento ya no tendrá derecho a entrar de nuevo en el territorio federal ni a permanecer en él y no se le podrá expedir ningún permiso de residencia, ni siquiera en el caso de que tuviera derecho a ello con arreglo a la presente Ley.

2. La duración de la prohibición de entrada y estancia se fijará de oficio. Este plazo comienza a correr a partir de la salida del extranjero. En caso de expulsión, la duración de la prohibición se fijará al mismo tiempo que se adopte la orden de expulsión. En los demás casos, se fijará al mismo tiempo que se dicte la notificación de abandono del territorio bajo apercibimiento de traslado/alejamiento y a más tardar en el momento del traslado o de la denegación de entrada […]

3. La duración de la prohibición de entrada y estancia constituye una decisión discrecional. Solo podrá ser superior a cinco años si el extranjero ha sido expulsado a raíz de una condena penal o si este supone una amenaza grave para la seguridad pública y para el orden público. La duración de la prohibición no podrá ser superior a diez años.

[…]»

11. El artículo 50 de la AufenthG («Obligación de abandonar el territorio»), dispone lo siguiente:

«1. El extranjero estará obligado a abandonar el territorio si no posee o si deja de ser titular del oportuno permiso de residencia […]

2. El extranjero deberá abandonar el territorio de la República Federal sin demora o, si se le ha concedido un plazo para abandonar el territorio, antes de que expire dicho plazo.

[…]»

12. El artículo 51 de la AufenthG («Finalización de la legalidad de la estancia; mantenimiento de las restricciones»), establece lo siguiente en su apartado 1, punto 5:

«1. El permiso de residencia dejará de ser válido en los siguientes casos:

[…]

5) en caso de expulsión del extranjero […]».

13. A tenor del artículo 53, apartado 1, de la AufenthG («Expulsión»):

«El extranjero cuya estancia suponga una amenaza para la seguridad pública y para el orden público, para el orden constitucional democrático y libre o para cualquier otro interés superior de la República Federal de Alemania será objeto de una medida de expulsión si, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, la ponderación del interés que representa su salida y del interés que para el extranjero supone permanecer en el territorio de la República Federal hace que prevalezca el interés público en la salida de aquel.»

14. El artículo 54, apartado 1, punto 1, de la AufenthG establece lo siguiente:

«1. El interés en la expulsión del extranjero en el sentido del artículo 53, apartado 1, reviste especial importancia:

1) si aquel ha sido condenado mediante resolución firme a una pena privativa de libertad […]».

15. El artículo 58 de la AufenthG («Traslado/Alejamiento»), dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

«1. El extranjero será objeto de una medida de traslado si su obligación de abandonar el territorio es ejecutiva, si no se le ha concedido ningún plazo para abandonar el territorio o si dicho plazo ha expirado y si no está asegurado el cumplimiento voluntario de su obligación de abandonar el territorio o si resulta necesario controlarlo por motivos de seguridad pública y de orden público. […]

2. […] En los demás casos, la obligación de abandonar el territorio solo será ejecutiva cuando la denegación de expedición del permiso de residencia u otro acto administrativo en virtud del cual el extranjero esté obligado a abandonar el territorio de conformidad con el artículo 50, apartado 1, adquiera a su vez fuerza ejecutiva.

[…]»

16. El artículo 60 *bis* de la AufenthG («Suspensión temporal del traslado»), establece lo siguiente en los apartados 2 a 4:

«2. Se suspenderá el traslado del extranjero mientras que sea imposible por razones de hecho y de Derecho y no se le conceda ninguna tarjeta de residencia temporal. […]

3. La suspensión del traslado del extranjero se entenderá sin perjuicio de su obligación de abandonar el territorio.

4. Se expedirá un certificado al extranjero que disfrute de la suspensión del traslado.

[…]»

## II. Antecedentes de hecho, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

17. El Sr. BZ, de nacionalidad indeterminada, nació en Siria y reside en Alemania desde 1990. Aunque desde esa fecha ha estado sujeto a la obligación de abandonar el territorio, ha seguido residiendo en ese Estado miembro al amparo de un estatus de tolerancia, prorrogado periódicamente, en virtud del artículo 60 *bis* de la AufenthG.

18. El 17 de marzo de 2013, BZ fue condenado a una pena privativa de libertad de tres años y cuatro meses por delitos de apoyo al terrorismo. En marzo de 2014, obtuvo la suspensión del cumplimento del tiempo de condena que le faltaba

19. Debido a esta condena penal, el Westerwaldkreis (Distrito de Westerwald, Alemania) adoptó, mediante Orden de 24 de febrero de 2014, una medida de expulsión de BZ con arreglo al artículo 53, punto 1, de la AufenthG (en lo sucesivo, «orden de expulsión»). Dicha orden incluía asimismo una prohibición de entrada y de estancia en el territorio federal por un período de seis años, reducida posteriormente a cuatro años, a partir de la fecha de salida, y limitada, a más tardar, hasta el 21 de julio de 2023. Al mismo tiempo, el Distrito de Westerwald dictó contra BZ una notificación de abandono del territorio bajo apercibimiento de traslado/alejamiento.

20. BZ impugnó estas resoluciones. En la comparecencia ante la comisión de impugnaciones, el Distrito de Westerwald revocó la notificación de abandono del territorio bajo apercibimiento de traslado/alejamiento. La impugnación fue desestimada en todo lo demás.

21. En consecuencia, BZ interpuso ante el Verwaltungsgericht Koblenz (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Coblenza, Alemania) un recurso de anulación de la orden de expulsión y de la prohibición de entrada y estancia en el territorio federal, que fue desestimado mediante sentencia de dicho órgano jurisdiccional. BZ interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Renania-Palatinado, Alemania).

22. Posteriormente, mediante resolución de 21 de julio de 2017, el Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Oficina Federal de Migración y Refugiados, Alemania) denegó una solicitud de asilo de BZ por carecer manifiestamente de fundamento en virtud del Derecho nacional. Al mismo tiempo, dicha autoridad constató que BZ no podía ser trasladado a Siria, ya que se cumplían en

ese país los requisitos para la prohibición de traslado establecidos en el artículo 60 de la AufenthG, en relación con el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

23. Mediante sentencia de 5 de abril de 2018, el Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Renania-Palatinado) denegó el recurso de apelación presentado por BZ, razón por la cual, este interpuso un recurso de casación ante el tribunal remitente.

24. El tribunal remitente señala que ya desestimó tal recurso en lo referente a la orden de expulsión dictada contra BZ, que adquirió así firmeza, y separó el procedimiento de casación tramitándolo únicamente en lo referente a la decisión de reducir la duración de la prohibición de entrada y estancia que acompaña a la orden de expulsión a cuatro años a partir de una eventual salida y, a más tardar, hasta el 21 de julio de 2023.

25. De las explicaciones del tribunal remitente sobre el Derecho alemán se desprende que la orden de expulsión, adoptada en virtud del artículo 53 de la AufenthG, no conduce necesariamente al traslado del extranjero objeto de aquella. Según el tribunal remitente, las personas cuya estancia constituye una amenaza para la seguridad pública pueden, ciertamente, ser objeto de una medida de expulsión aun cuando su traslado desde territorio alemán no sea posible debido a la situación existente en el país de destino. En este supuesto, la adopción de una medida de expulsión tiene como consecuencia, por una parte, poner fin a la validez del permiso de residencia del extranjero de que se trate, de conformidad con el artículo 51, apartado 1, punto 5, de la AufenthG, y, por otra parte, prohibir, en virtud del artículo 11, apartado 1, de la AufenthG, la entrada y estancia, así como la expedición de un nuevo permiso de residencia a dicho extranjero antes de la expiración de la duración de la orden de expulsión.

26. En este contexto, el tribunal remitente se pregunta si una prohibición de entrada y estancia que puede dictarse, según el Derecho nacional, aun cuando no exista una notificación de abandono del territorio bajo apercibimiento de traslado/alejamiento, es compatible con el Derecho de la Unión. A este respecto, dicho tribunal precisa que, según el Derecho alemán, la orden de expulsión no constituye, como tal, una «decisión de retorno», en el sentido del artículo 3, punto 4, de la Directiva 2008/115, debiendo, en cambio, reconocerse esta calificación a la notificación de abandono del territorio bajo apercibimiento de traslado/alejamiento.

27. Concretamente, alberga dudas acerca de si una prohibición de entrada y estancia dictada contra un nacional de un tercer país con fines «no relacionados con la migración», en particular en combinación con una orden de expulsión, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115. En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión, el tribunal remitente se pregunta si una prohibición de entrada y estancia puede considerarse conforme con las exigencias de dicha Directiva cuando la notificación de abandono del territorio bajo apercibimiento de traslado/alejamiento, adoptada simultáneamente con esa prohibición, ha sido revocada por la autoridad que la ha dictado.

28. Si se considerase que la revocación de la decisión de retorno implica necesariamente la ilegalidad de la prohibición de entrada que acompaña a dicha decisión, el tribunal remitente se pregunta si también sucede lo mismo cuando la orden de expulsión que precedió a la decisión de retorno adquirió firmeza.

29. En estas condiciones, el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) ¿Una prohibición de entrada impuesta a un nacional de un tercer país con fines que "no atañen a la migración" está comprendida, en cualquier caso, en el ámbito de aplicación de la Directiva [2008/115], si el Estado miembro no ha hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 2, apartado 2, letra b), de esta Directiva?

b) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, letra a): ¿queda dicha prohibición de entrada excluida también de la Directiva 2008/115 si el nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular y, por lo tanto, está sujeto al ámbito de aplicación de la Directiva por razón de la materia, con independencia de una orden de expulsión dictada contra él a la que va unida la prohibición de entrada?

c) ¿Cabe considerar como prohibición de entrada para fines «que no atañen a la migración» aquella que se impone en relación con una orden de expulsión por razones de seguridad y de orden público (en este caso: solo por razones de prevención general con el fin de combatir el terrorismo)?

2) En la medida en que se responda a la primera cuestión prejudicial en el sentido de que la prohibición en cuestión está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115:

a) ¿La revocación de la decisión de retorno (en este caso, de la notificación de abandono del territorio bajo apercibimiento de traslado/alejamiento) tiene como consecuencia que una prohibición de entrada dictada junto con dicha decisión devenga ilegal, con arreglo al artículo 3, punto 6, de la Directiva 2008/115?

b) ¿Esta consecuencia jurídica también se produce si la orden de expulsión administrativa anterior a la decisión de retorno es (ha devenido) firme?»

## III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

30. Estas cuestiones prejudiciales han sido objeto de observaciones escritas formuladas por los Gobiernos alemán, neerlandés y por la Comisión Europea.

31. El 23 de abril de 2020, el Tribunal de Justicia planteó al tribunal remitente una solicitud de información sobre el marco jurídico del litigio principal. Su respuesta, de 6 de mayo de 2020, fue recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de mayo de 2020.

32. Mediante diligencia de ordenación del procedimiento de 8 de octubre de 2020, el Tribunal de Justicia formuló preguntas a todas las partes interesadas para que fueran contestadas por escrito. Las observaciones escritas sobre dichas preguntas se presentaron dentro del plazo establecido.

## IV. Análisis

33. El Gobierno alemán ha alegado la inadmisibilidad de la primera cuestión prejudicial. Como considero que este argumento aborda implícitamente la segunda cuestión prejudicial, comenzaré mi análisis mediante la apreciación de la admisibilidad (sección A), antes de centrarme en el fondo de cada una de las cuestiones prejudiciales (sección B).

### *A. Sobre la admisibilidad*

34. El Gobierno alemán sostiene en sus observaciones escritas que, contrariamente a lo que se desprende de la resolución de remisión, la República Federal de Alemania ha hecho uso de la facultad, prevista en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115, de no aplicar esta 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.

35. En apoyo de esa afirmación, el referido Gobierno hace notar al Tribunal de Justicia el hecho de que la exposición de motivos de la Ley alemana por la que se transpone la Directiva 2008/115 contiene el siguiente pasaje relativo al artículo 11 de la AufenthG, que transpone el artículo 11 de la Directiva 2008/115: «Las excepciones al plazo normal de cinco años previstas en la nueva cuarta frase se basan en el artículo 2, apartado 2, letra b) —se trata, a este respecto, de una restricción del ámbito de aplicación de la Directiva en lo que respecta a las personas condenadas penalmente— y en el artículo 11, apartado 2, segunda frase —grave amenaza para la seguridad y el orden públicos — de la Directiva 2008/115».

36. A este respecto, ha de señalarse que, a raíz de la solicitud de información que le dirigió el Tribunal de Justicia, el tribunal remitente mantuvo su interpretación del Derecho alemán tal como la expuso en la resolución de remisión, según la cual la República Federal de Alemania no había decidido, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115, excluir *por completo* del ámbito de aplicación de esta 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.

37. El tribunal remitente puntualiza que el pasaje de la exposición de motivos citado por el Gobierno alemán se refiere al apartado 3 del artículo 11 de la versión de la AufenthG aplicable a los hechos del procedimiento principal, según el cual la duración de la prohibición de entrada solo puede exceder de cinco años «si el extranjero ha sido expulsado *a raíz de una condena penal* o si este supone una amenaza grave para la seguridad pública y para el orden público».[4] Por lo tanto, el tribunal remitente considera que de este pasaje se desprende que, por lo que respecta a los nacionales de terceros países que son objeto de una medida de expulsión a raíz de una condena penal, el legislador alemán, al hacer referencia al artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115, pretende establecer una excepción *puntual* a la norma específica, establecida en su artículo 11, apartado 2, de la citada Directiva, que limita el período de validez de la prohibición de entrada a cinco años y solo permite excepciones en caso de amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

[4] El subrayado es mío.

38. Pues bien, según reiterada jurisprudencia, en el marco del reparto de competencias entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en el procedimiento prejudicial, el Tribunal de Justicia está obligado a tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en el que se insertan las cuestiones prejudiciales, *tal como lo define el órgano jurisdiccional remitente*. Ello implica que, con independencia de las críticas formuladas por el Gobierno alemán contra la interpretación del Derecho nacional adoptada por el tribunal remitente, el examen de la presente remisión prejudicial debe efectuarse a la luz de la interpretación [5] según la cual, cuando se refirió al artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115, el legislador alemán no quiso excluir por completo del ámbito de aplicación de dicha Directiva a los nacionales de terceros países expulsados a raíz de su condena en un proceso penal. [6]

39. El hecho de que el Tribunal de Justicia aceptara una interpretación opuesta de la legislación alemana en la sentencia en el asunto Filev y Osmani, [7] como ha subrayado el Gobierno alemán, no permite, a mi juicio, llegar a una conclusión diferente. En efecto, en el asunto que dio lugar a esa sentencia, el Tribunal de Justicia estaba vinculado, en virtud de la jurisprudencia citada en el punto anterior de las presentes conclusiones, por la interpretación del Derecho nacional realizada por el Amtsgericht Laufen (Tribunal de lo Civil y Penal de Laufen, Alemania), autor de la petición de decisión prejudicial.

40. Así pues, dado que la pertinencia de las cuestiones planteadas por el tribunal remitente no puede ponerse en duda, estimo que deben considerarse admisibles.

## *B. Sobre el fondo*

### *1. Observaciones preliminares*

41. Procede esbozar los rasgos esenciales del marco jurídico pertinente a efectos de la interpretación solicitada al Tribunal de Justicia.

42. La Directiva 2008/115 tiene por objeto establecer una política eficaz de expulsión y repatriación basada en normas comunes para que las personas afectadas sean tratadas con humanidad al ser retornadas, respetando plenamente sus derechos fundamentales y su dignidad. [8]

43. Para ello, esta Directiva establece con precisión el procedimiento, conjuntamente con las garantías jurídicas, que debe aplicar cada Estado miembro en relación con el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y fija el orden de desarrollo de las diferentes etapas que conlleva dicho procedimiento.

44. Más concretamente, la Directiva establece que la situación de estancia irregular de cualquier nacional de un tercer país en el territorio de un Estado miembro da lugar a la obligación de este último de emitir una «decisión de retorno». [9] Esta decisión impone al nacional en cuestión una

5 Véase la sentencia de 21 de junio de 2016, New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464), apartado 25 y jurisprudencia citada.

6 En cuanto a la cuestión de si el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115 permite a los Estados miembros establecer excepciones a ella de manera puntual, el tribunal remitente sostiene, acertadamente en mi opinión, que esta cuestión no es determinante para la resolución del litigio principal, dado que, desde un punto de vista jurídico, una respuesta negativa implicaría únicamente la inaplicabilidad de la duración de una prohibición de entrada superior a cinco años.

7 Sentencia de 19 de septiembre de 2013 (C-297/12, EU:C:2013:569).

8 Véanse los considerandos 2 y 11 de la Directiva 2008/115.

9 Artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115

«obligación de retorno», es decir, la obligación de volver a su país de origen, a un país de tránsito o a otro país,[10] y, eventualmente, fija un plazo adecuado en el que el nacional debe abandonar voluntariamente el territorio.[11] Si no se ha concedido un plazo para la salida voluntaria o si no se ha cumplido la obligación de retorno, los Estados miembros están obligados a tomar todas las medidas necesarias para ejecutar la decisión de retorno.[12]

45. La decisión de retorno puede —o, en algunos casos, debe— ir acompañada de una «prohibición de entrada». Aunque sea adoptada por un solo Estado miembro, esta tiene por objeto prohibir a su destinatario, según la definición que se desprende del artículo 3, punto 6, de la Directiva 2008/115, la entrada y la permanencia *en el territorio de los Estados miembros*. De este modo, la Directiva confiere una «dimensión europea» a los efectos de las medidas nacionales de retorno.[13]

46. Para que esta dimensión no se quede en lo puramente teórico, la Directiva prevé también que, cuando un Estado miembro prevea expedir un permiso de residencia u otra autorización que confiera el derecho de estancia a un nacional de un tercer país que sea objeto de una prohibición de entrada expedida por otro Estado miembro, deberá consultar previamente a este último Estado y tener en cuenta sus intereses.[14] El inicio de dicho procedimiento de consulta presupone el conocimiento previo de las prohibiciones de entrada impuestas por los demás Estados miembros, lo que es posible en la medida en que la información sobre dichas prohibiciones de entrada puede ser objeto de una descripción nacional introducida en el Sistema de Información de Schengen de segunda generación en virtud del artículo 24, apartado 3, del Reglamento n.º 1987/2006.[15]

47. Es precisamente la prohibición de entrada la que es objeto de las cuestiones planteadas por el tribunal remitente y que me propongo examinar en las siguientes consideraciones.

### *2. Primera cuestión prejudicial*

48. Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si una prohibición de entrada y estancia, dictada contra un nacional de un tercer país al mismo tiempo que una orden de expulsión adoptada en base a una condena penal previa, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115.

10 Artículo 3, puntos 3 y 4, de la Directiva 2008/115

11 Artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/115. Los Estados miembros pueden abstenerse de conceder dicho plazo en los casos señalados en el apartado 4 de la misma disposición (véase la nota 18 de las presentes conclusiones).

12 Artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115

13 Véase el considerando 14 de la Directiva 2008/115.

14 Véase el artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2008/115, que remite a este respecto al artículo 25 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO 2000, L 239, p. 19).

15 Procede señalar que este Reglamento fue derogado por el Reglamento (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de noviembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de las inspecciones fronterizas, por el que se modifica el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y se modifica y deroga el Reglamento n.º 1987/2006 (DO 2018, L 312, p. 14), que se aplicará a partir del 28 de diciembre de 2021. El artículo 24, apartado 1, del Reglamento n.º 2018/1861, que tiene por objeto sustituir el artículo 24 del Reglamento n.º 1987/2006, establece la *obligación* de los Estados miembros de introducir una descripción en el SIS en todos los casos en que se haya dictado una prohibición de entrada contra un nacional de un tercer país en situación irregular en virtud de disposiciones que cumplen la Directiva 2008/115.

49. De entrada, es preciso observar que, como se desprende de la resolución de remisión, las dudas que alberga el tribunal remitente tienen su origen en el tenor del punto 11 del «Manual de Retorno» de la Comisión,[16] conforme al cual la Directiva 2008/115 se aplica únicamente a las prohibiciones de entrada relacionadas con la infracción de las normas sobre migración en los Estados miembros («prohibiciones de retorno»), es decir, de las normas que regulan la entrada y la estancia de nacionales de terceros países, mientras que esta Directiva no afectaría a las prohibiciones de entrada «dictadas con fines que no atañen a la migración». Esta segunda categoría comprende, además de las prohibiciones de entrada que constituyen una medida restrictiva adoptada en virtud del título V, capítulo 2 del TUE, las prohibiciones de entrada impuestas a nacionales de terceros países que hayan cometido infracciones penales graves o respecto de los cuales pueda suponerse razonablemente que tienen la intención de cometer tales infracciones. Así pues, según el tribunal remitente, la prohibición controvertida en el litigio principal puede estar comprendida en esa categoría y, por ello, quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115.

50. En otras palabras, se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la exactitud de una interpretación según la cual la Directiva 2008/115 se aplica únicamente a las prohibiciones impuestas por la infracción de las normas sobre migración, ya que las prohibiciones situadas fuera de esta categoría, en particular las destinadas a proteger el orden público y la seguridad pública en los Estados miembros, siguen siendo, en cambio, competencia de estos últimos.

51. Procede observar, ante todo, que el punto 6 del artículo 3 de la Directiva 2008/115 define la «prohibición de entrada» como «una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se prohíba la entrada y la estancia en el territorio de los Estados miembros por un período de tiempo determinado, unida a una decisión de retorno», de modo que no permite una interpretación según la cual el legislador de la Unión quiso referirse en dicho artículo exclusivamente a las medidas motivadas por la infracción de las normas de migración. A mi juicio, el artículo 11, apartado 1, de la mencionada Directiva tampoco permite tal interpretación, en la medida en que esta disposición se limita a enunciar las condiciones en las que las decisiones de retorno van (o pueden ir) acompañadas de una prohibición de entrada, sin hacer referencia alguna a los motivos que llevaron a imponer tal prohibición.

52. Por lo que respecta al examen de la estructura de la Directiva 2008/115, suscribo la interpretación del tribunal remitente según la cual esta Directiva no permite deducir ningún elemento que abogue en favor de una restricción de su ámbito de aplicación como la contemplada en el punto 11 del «Manual de Retorno».

53. A este respecto, es preciso referirse a las disposiciones mediante las cuales la mencionada Directiva delimita su propio ámbito de aplicación.

54. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2008/115 establece que esta se aplicará a los nacionales de terceros países *en situación irregular* en el territorio de los Estados miembros, entendiéndose que constituye tal «situación irregular», de conformidad con el artículo 3, punto 2, de dicha Directiva, «la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del [Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de

[16] Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno (DO 2017, L 339, p. 83).

personas por las fronteras (código de fronteras Schengen)[17]] u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro». Pues bien, habida cuenta de la generalidad de sus términos, estas disposiciones no dejan lugar a dudas en cuanto a que el legislador de la Unión quiso definir el ámbito de aplicación de dicha Directiva de manera muy amplia, en la medida en que previó que el carácter irregular de la estancia a que se refiere la propia Directiva no es únicamente el que se deriva de la infracción de las normas sobre migración («las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del código de fronteras Schengen, u otras condiciones de entrada […] en ese Estado miembro»), sino también el que resulta de la infracción de *otras* normas distintas a estas («otras condiciones […] de estancia o residencia en ese Estado miembro»).

55. Como se ha indicado anteriormente, el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115 confiere a los Estados miembros la facultad de decidir no aplicar esta Directiva a los nacionales de terceros países que sean objeto, en particular, de una sanción penal que prevea o tenga como consecuencia su retorno, de conformidad con el Derecho nacional. Así pues, este artículo parte necesariamente de la premisa de que la situación irregular que puede dar lugar a la aplicación de la Directiva 2008/115 también puede resultar de una infracción grave de la ley penal nacional. En efecto, es preciso señalar que la presencia de tal disposición habría sido totalmente superflua en el supuesto de que la situación irregular pertinente a efectos de la aplicación de la Directiva solo pudiera ser la relacionada con la infracción de las normas de migración. De ello se deduce que una decisión de retorno, así como la prohibición de entrada que la acompaña, pueden adoptarse también con fines relacionados con la protección del orden público o de la seguridad pública.

56. Esta conclusión me parece tanto más necesaria si se tienen en cuenta otras disposiciones de la Directiva 2008/115, como el artículo 6, apartado 2,[18] el artículo 7, apartado 4,[19] el artículo 11, apartados 2 y 3, y el artículo 12, apartado 1, párrafo segundo.[20] Todas ellas demuestran que las medidas de protección del orden público, de la seguridad pública y de la seguridad nacional no están exentas del régimen armonizado establecido por la Directiva, ya que las finalidades perseguidas por dichas medidas únicamente implican la posibilidad de que los Estados miembros establezcan excepciones a las normas previstas en esos artículos.[21]

57. En particular, por lo que respecta a la prohibición de entrada, el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 2008/115 establece que, aunque la duración de esta no pueda, en principio, exceder de cinco años, los Estados miembros podrán dictar una prohibición de entrada de una duración superior a dicho límite en caso de que el nacional de un tercer país represente una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Además, el artículo 11,

17 DO. 2006, L 105, p. 1

18 A tenor del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2008/115: «A los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata *por motivos de orden público o de seguridad nacional*, se aplicará el apartado 1.» (el subrayado es mío).

19 El artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2008/115 establece lo siguiente: «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 período inferior a siete días.» (el subrayado es mío).

20 El artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2008/115 tiene el siguiente tenor: «Las decisiones de retorno y —si se dictan— las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito y consignarán los fundamentos de hecho y de derecho, así como información sobre las vías de recurso de que se dispone. La información sobre los fundamentos de hecho podrá sujetarse a limitaciones en los casos en que el Derecho nacional permita la restricción del derecho de información, en particular para *salvaguardar la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública* y para la prevención, investigación, detección y persecución de delitos.» (el subrayado es mío).

21 En este sentido, véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Stadt Frankfurt am Main (C-18/19, EU:C:2020:130), apartado 40.

apartado 3, de esta Directiva dispone, en esencia, que los Estados miembros no pueden imponer una prohibición de entrada a las personas víctimas de la trata de seres humanos a las que se haya concedido un derecho de residencia por ese motivo, a menos que dichas personas representen un peligro para el orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional.

58. Los trabajos preparatorios confirman, en mi opinión, que el legislador de la Unión no pretendió en modo alguno establecer una restricción del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 basada en los motivos de la irregularidad de la situación. A mi juicio, la Comisión no podría haber expresado esta idea con más claridad que en la propuesta de Directiva [22] y en el documento de trabajo SEC(2005) 1175 de los servicios de la Comisión. [23] De hecho, la Comisión declaró en el primer documento que este «pretende […] establecer un conjunto horizontal de normas aplicable a cualquier nacional de un tercer país que se encuentre ilegalmente en el territorio, *cualquiera que sea la razón de* la *irregularidad de su situación* (por ejemplo expiración de un visado, expiración de un permiso de residencia, revocación o retirada de un permiso de residencia, decisión final negativa sobre una solicitud de asilo, retirada del estatuto de refugiado, entrada ilegal)», [24] mientras que en el segundo documento especificó que la propuesta de Directiva tendría que aplicarse no solo cuando los nacionales de terceros países estuvieran en situación irregular por no cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (actualmente artículo 6 del código de fronteras de Schengen), sino también cuando su situación fuese irregular por otros motivos, citando como ejemplo el caso de un nacional de un tercer país que pierde su permiso de residencia y es al mismo tiempo objeto de un procedimiento de devolución *debido a la comisión de un delito grave*.

59. Es cierto que la Comisión admitió en dicha propuesta que se había examinado la cuestión de si el concepto de «expulsión/alejamiento por razones de seguridad nacional y pública» también debería haber sido objeto de armonización en la Directiva propuesta. Admitió, asimismo, que se había dado una respuesta negativa a la referida cuestión, entre otras razones, debido a que tal armonización no debía llevarse a cabo en el contexto de una Directiva que versa sobre el fin de la estancia ilegal y sobre el retorno, sino más bien en el contexto de las Directivas que regulan las condiciones de entrada y estancia y referida al fin de la residencia/estancia legales. No obstante, la Comisión explicó a continuación que ello no significaba que la situación del nacional de un tercer país cuya situación regular hubiera finalizado por razones de orden público o de seguridad nacional no estuviera comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva propuesta. Por el contrario, esa persona pasa a convertirse de esa forma en un nacional en situación irregular, calificación que, sin que deba ser objeto de ulterior precisión, implica que la Directiva en cuestión le es de aplicación. [25]

60. Una apreciación del artículo 3, punto 6, y del artículo 11 de la Directiva 2008/115 desde el punto de vista teleológico también da a entender, en mi opinión, que esta Directiva fue concebida, en principio, con un ámbito de aplicación tan amplio que no puede limitarse

22 Propuesta de Directiva 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 que se encuentren ilegalmente en su territorio [SEC(2005) 1057, COM(2005) 391 final — 2005/0167 (COD), sección 4, capítulo I].

23 Commission staff working document — Detailed comments on Proposal for a European Parliament and Council Directive on common standards on procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals (Documento de trabajo de los servicios de la Comisión — Comentarios detallados sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio) [COM(2005) 391 final].

24 El subrayado es mío.

25 Véase la sección 3, punto 12, de la propuesta.

únicamente a las prohibiciones de entrada motivadas por la infracción de las normas sobre migración. En efecto, la «dimensión europea» que la prohibición de entrada prevista en estas disposiciones pretende conferir a los efectos de las medidas nacionales de retorno se explica, como recuerda acertadamente el tribunal remitente, por la finalidad de dichas disposiciones, que estriba en prevenir la inmigración clandestina y evitar que los nacionales de terceros países en situación irregular puedan eludir, aprovechando las divergencias normativas existentes entre los Estados miembros, las medidas nacionales que ponen fin a su estancia. Pues bien, desde mi punto de vista, estas finalidades no son compatibles con una restricción del colectivo respecto del cual puede dictarse una prohibición de entrada, tal como se contempla en el «Manual de Retorno».

61. No obstante, llegados a este punto, es necesario reconocer que las dudas más importantes que alberga el tribunal remitente parecen referirse a la cuestión de si una interpretación como la que propongo en las presentes conclusiones es correcta a la luz de las disposiciones del Reglamento n.º 1987/2006.

62. En efecto, es preciso recordar que el punto 11 del «Manual de Retorno» cita expresamente, entre las prohibiciones de entrada «dictadas con fines que no atañen a la migración», que escapan así a la aplicación de la Directiva 2008/115, las adoptadas contra nacionales de terceros países que hayan cometido delitos graves o sobre los que existan indicios claros de que tienen intención de cometer tales delitos. El punto 11 remite a este respecto a las prohibiciones de entrada y estancia basadas en una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional contempladas en el artículo 24, apartado 2, del Reglamento n.º 1987/2006, en relación con el artículo 24, apartado 1, de dicho Reglamento. Por mi parte, debo añadir que el artículo 24, apartado 3, del Reglamento regula las prohibiciones de entrada y de residencia impuestas a los nacionales de terceros países que hayan sido objeto de «una medida de expulsión, denegación de entrada o traslado» y que se basan en «el incumplimiento de las normativas nacionales relativas a la entrada o a la residencia [de esos nacionales]».

63. Así pues, del artículo 24 del Reglamento n.º 1987/2006, adoptado antes de la entrada en vigor de la Directiva 2008/115, se desprende que las prohibiciones de entrada y de estancia basadas en una amenaza para el orden público, para la seguridad pública o para la seguridad nacional y las impuestas a los nacionales de terceros países a los que afecta una decisión de expulsión, de denegación de entrada o traslado se definen como pertenecientes a categorías *distintas*, en la medida en que obedecen a un régimen jurídico propio de cada una de ellas (la obligación de introducir una descripción en el SIS solo existe respecto de las primeras). El Reglamento n.º 2018/1861, que se aplicará en lugar del Reglamento n.º 1987/2006 a partir del 28 de diciembre de 2021, recoge, en su artículo 24, apartado 1, la estructura en dos categorías y el contenido del artículo 24 del Reglamento n.º 1987/2006,[26] al tiempo que declara que la segunda categoría de

[26] La única modificación sustancial introducida es la extensión de la obligación de introducir una descripción en el SIS de las prohibiciones de entrada impuestas con arreglo a los procedimientos previstos por la Directiva 2008/115. Véase, en particular, la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de las inspecciones fronterizas, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 515/2014 y se deroga el Reglamento n.º 1987/2006, COM/2016/0882 final — 2016/0408 (COD), p. 4. Véase también la nota 15 de las presentes conclusiones.

prohibiciones de entrada ha sido ya armonizada por la Directiva 2008/115 («[prohibiciones] de entrada de conformidad con procedimientos que cumplen la Directiva 2008/115/CE con respecto a un nacional de un tercer país»). [27]

64. El tribunal remitente parece preguntarse si ello debería llevar a la conclusión de que *toda* prohibición de entrada basada en una amenaza para el orden público, para la seguridad pública o para la seguridad nacional no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 y, por tanto, solo está sujeta al régimen jurídico que le es aplicable en virtud del Derecho nacional, como sostiene el Gobierno neerlandés en sus observaciones escritas.

65. Es cierto que, dado que la Directiva 2008/115 constituye un desarrollo del acervo de Schengen, debe interpretarse teniendo en cuenta la necesaria coherencia de dicho acervo, [28] integrado, sin duda alguna, por las disposiciones del Reglamento n.º 1987/2006. Sin embargo, me parece que la interpretación del artículo 24, apartado 2, de dicho Reglamento, contemplada en el punto anterior de las presentes conclusiones, se basa en una lectura errónea del ámbito de aplicación subjetivo de esta disposición.

66. En efecto, considero que las prohibiciones de entrada y estancia basadas en una amenaza para el orden público, para la seguridad pública o para la seguridad nacional, tal como se enuncian en el artículo 24, apartado 2, del Reglamento n.º 1987/2006, se refieren únicamente a los nacionales de terceros países que residan *fuera* del territorio del Estado miembro de que se trate en el momento en que se dicten. Esto explica que se les trate como una categoría distinta de las contempladas en la Directiva 2008/115: ¿cómo podría contemplarse el inicio de un procedimiento de retorno respecto de los nacionales en cuestión si no se encuentran ilegalmente en el territorio de ese Estado miembro?

67. En cambio, el artículo 24, apartado 2, del Reglamento n.º 1987/2006 no se refiere, como pretende el Gobierno neerlandés, a prohibiciones de entrada y estancia como las del litigio principal, es decir, adoptadas por motivos de orden público o de seguridad pública con respecto a nacionales que *ya* se encuentran en el territorio de un Estado miembro. En efecto, la adopción de tales prohibiciones de entrada y estancia supone que esos nacionales se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que, por consiguiente, deben ser objeto de una decisión de retorno. Se trata, por tanto, de prohibiciones «vinculadas al retorno», que se rigen, como tales, por la Directiva 2008/115.

68. En resumen, los Estados miembros siguen siendo competentes para establecer prohibiciones de entrada para las personas que constituyan una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, en particular si estas han sido condenadas en un Estado miembro por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de al menos un año, siempre que permanezcan fuera del territorio del Estado miembro de que se trate en el momento en que se dicten dichas prohibiciones. Por el contrario, los Estados miembros están obligados a respetar las normas armonizadas establecidas en la Directiva 2008/115, empezando por la obligación de

[27] El artículo 24, apartado 1, del Reglamento n.º 2018/1861 está redactado de la siguiente manera: «Los Estados miembros introducirán una descripción para la denegación de entrada y estancia cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes: a) que el Estado miembro haya determinado, sobre la base de una evaluación individual que incluye una valoración de las circunstancias personales del nacional concreto de un tercer país y de las consecuencias de denegarle la entrada y estancia, que la presencia de ese nacional de un tercer país en su territorio represente una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional en su territorio y que, por consiguiente, el Estado miembro haya adoptado una decisión judicial o administrativa de conformidad con el Derecho nacional para denegar la entrada y estancia, y que haya emitido una descripción nacional para la denegación de entrada y estancia, o b) que el Estado miembro haya emitido una prohibición de entrada de conformidad con procedimientos que cumplen la [Directiva 2008/115] con respecto a un nacional de un tercer país».

[28] Sentencia de 26 de octubre de 2010, Reino Unido/Consejo (C-482/08, EU:C:2010:631), apartado 48.

adoptar una decisión de retorno, cuando dispongan la prohibición de entrada de personas que constituyan una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, si dichas personas ya se encuentran en su territorio.[29] Esta Directiva se aplica a menos que, cuando las amenazas o los peligros para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional se deriven del hecho de que las personas en cuestión hayan sido objeto de sanciones penales graves o de un procedimiento de extradición, el Estado miembro en cuestión haya hecho uso de la facultad que le confiere el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115.[30]

69. Por lo tanto, es el vínculo con la necesidad de proceder al retorno de los nacionales de terceros países afectados —y no los motivos de adopción de esas prohibiciones— lo que distingue las prohibiciones de entrada comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 de las que se basan únicamente en el Derecho nacional. En sus observaciones escritas, la propia Comisión admite que el punto 11 del «Manual de Retorno» se presta a confusión en la medida en que hace referencia a prohibiciones de entrada dictadas «con fines que no atañen a la migración», en lugar de emplear la expresión correcta de prohibiciones de entrada «no vinculadas al retorno».

70. Habida cuenta de lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial en el sentido de que una prohibición de entrada y estancia, dictada contra un nacional de un tercer país al mismo tiempo que una orden de expulsión adoptada sobre la base de una condena penal anterior, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115.

### *3. Segunda cuestión prejudicial*

71. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea saber, esencialmente, si la Directiva 2008/115 se opone al mantenimiento en vigor de una prohibición de entrada y estancia, dictada contra un nacional de un tercer país al mismo tiempo que una orden de expulsión, que ha adquirido firmeza, adoptada sobre la base de una condena penal anterior, cuando se ha revocado la decisión de retorno.

72. Esta cuestión tiene su origen en las particularidades de la legislación alemana, tal como se desprenden de la exposición del marco jurídico nacional en la resolución de remisión y que cabe resumir del siguiente modo: (i) la medida de expulsión no constituye una «decisión de retorno», en el sentido de la Directiva 2008/115, ya que tal calificación se reserva para la notificación de abandono del territorio alemán bajo apercibimiento de traslado/alejamiento; (ii) toda medida de expulsión tiene por efecto convertir en irregular la situación del extranjero y someterlo así a la obligación abstracta de abandonar el territorio alemán, y, (iii) la prohibición de entrada y estancia está vinculada, *ipso iure*, no solo a toda notificación de abandono del territorio bajo

[29] La distinción entre estas dos categorías de prohibición de entrada puede ilustrarse mediante una referencia al ordenamiento jurídico francés, en particular al Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Código de Entrada y Residencia de Extranjeros y Derecho de Asilo). La primera categoría, denominada «Prohibición administrativa del territorio», está prevista en el artículo L 214-2 de dicho Código, según el cual «[cualquier nacional de un tercer país] podrá ser objeto de una prohibición administrativa del territorio, siempre que no resida habitualmente en Francia y *no se encuentre* en el territorio nacional, cuando su presencia en Francia constituya una amenaza grave para el orden público, la seguridad interior o las relaciones internacionales de Francia» (el subrayado es mío). La segunda categoría, denominada «Prohibición de regreso al territorio francés», está prevista en el artículo L 511-1 de dicho Código, según el cual «la autoridad administrativa podrá exigir a un extranjero que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea que abandone el territorio francés […] cuando se encuentre en uno de los siguientes casos: […] 7.º Si el comportamiento de un extranjero que no reside legalmente en Francia desde hace más de tres meses constituye una amenaza para el orden público».

[30] A modo de ejemplo, la República Francesa hizo uso de esta facultad por lo que respecta a la «Prohibición del territorio francés», prevista en el artículo L 541-1 del Código de Entrada y Residencia de Extranjeros y Derecho de Asilo, es decir, una pena que la autoridad judicial puede imponer contra un extranjero culpable de un delito y regulada por lo dispuesto en los artículos 131.30, 131.30.1 y 131.30.2 del Código Penal francés.

apercibimiento de traslado/alejamiento, sino también a cualquier medida de expulsión. Tales elementos llevan al tribunal remitente a preguntarse si la prohibición de entrada debe correr la misma suerte jurídica que la decisión de retorno y, por tanto, no puede conservar su vigencia tras la revocación de esta última.

73. Tras señalar que el tenor del artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2008/115 —según el cual las decisiones de retorno deben (párrafo primero) o pueden (párrafo segundo) ir «acompañadas» de una prohibición de entrada2015— no permite responder a esta cuestión prejudicial, el tribunal remitente explica que el hecho de que el artículo 3, punto 6, de esta Directiva defina la prohibición de entrada como una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial que va «unida a una decisión de retorno» no implica necesariamente, a su juicio, que la revocación de la decisión de retorno prive de todo fundamento a la prohibición de entrada que la acompaña. A tal efecto, se pregunta si el vínculo temporal entre estos dos actos se traduce también en una vinculación material a la luz de dicha Directiva, lo que permitiría, en cambio, una interpretación según la cual la prohibición de entrada se convierte en ilegal una vez que se ha revocado la decisión de retorno.

74. Considero necesario proporcionar una precisión con el fin de garantizar una interpretación coherente del artículo 3, punto 6, y del artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2008/115. No creo que la expresión «unida a una decisión de retorno» tenga por objeto expresar un vínculo temporal, ni tampoco una simultaneidad entre los dos actos en cuestión, como parece considerar acreditado el tribunal remitente. A este respecto, procede señalar, en efecto, que, con arreglo al artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2008/115, uno de los dos supuestos en los que los Estados miembros están obligados a adoptar una prohibición de entrada tiene lugar cuando no se ha cumplido la obligación de retorno en el plazo concedido en la decisión de retorno para la salida voluntaria [letra b)]. Pues bien, dado que la prohibición de entrada se impondría, en tal caso, en un momento *posterior* a la decisión de retorno, la necesidad de una relación de simultaneidad entre ambos actos no tiene cabida, a mi juicio, en la definición de la prohibición de entrada.

75. Esta constatación podría llevar a pensar que la formulación de tal definición es incorrecta y que, mediante el empleo del participio «unida», el legislador de la Unión quiso prescribir la necesidad de un tipo de vínculo diferente entre las prohibiciones de entrada comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 y las decisiones de retorno, concretamente un vínculo de conexión material que implica, como tal, que la prohibición de entrada no pueda mantenerse en vigor tras la revocación de la decisión de retorno.

76. A mi juicio, tal hipótesis se ve respaldada por la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Ouhrami.[31] En el contexto de su respuesta relativa a la interpretación del artículo 11, apartado 2, de la Directiva 2008/115 y, en particular, del momento a partir del cual debe calcularse la duración de una prohibición de entrada, el Tribunal de Justicia ha indicado, en efecto, que los artículos 3, punto 6, y el artículo 11, apartado 1, en relación con el artículo 3, punto 4, de la Directiva 2008/115, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de entrada «está dirigida a *completar* una decisión de retorno, al prohibir al interesado por un plazo determinado tras su […] salida del territorio de los Estados miembros, que entre de nuevo en ese territorio y permanezca posteriormente en él»[32] y concluye afirmando que «para que surta efectos la prohibición, el interesado *tiene que* haber abandonado previamente dicho territorio».[33] Pues bien, considero que, desde el punto de vista textual, los términos utilizados por el Tribunal de Justicia implican calificar dicha decisión de retorno como *requisito previo necesario* para la

31 Sentencia de 26 de julio de 2017 (C-225/16, EU:C:2017:590).

32 Sentencia de 26 de julio de 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590), apartado 45; el subrayado es mío.

33 Sentencia de 26 de julio de 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590), apartado 45; el subrayado es mío.

validez de la prohibición de entrada. En cualquier caso, considero que esta conclusión se desprende de las consideraciones que el Tribunal de Justicia dedica a continuación a la interpretación sistemática de la disposición en cuestión, según la cual la Directiva 2008/115 establece una *distinción clara* entre la fase del procedimiento que va hasta la ejecución voluntaria o forzosa de la obligación de retorno, durante la cual la situación irregular de la persona afectada se rige por la decisión de retorno, y la siguiente etapa, durante la cual la prohibición de entrada produce sus efectos jurídicos, que se materializan en una prohibición de entrada y estancia en el territorio de los Estados miembros tras una nueva entrada irregular. [34]

77. No obstante, procede señalar que las observaciones escritas del Gobierno alemán abogan por una interpretación algo diferente de dicha sentencia. Según este Gobierno, si bien es cierto que la prohibición de entrada produce sus efectos jurídicos a partir del cumplimiento de la obligación de abandonar el territorio derivada de la situación irregular del nacional de un tercer país, también es cierto que no es necesariamente la decisión de retorno, tal como está prevista en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, la que establece dicha obligación. Lejos de ser sistemáticamente un elemento constitutivo de la irregularidad de la situación, la decisión de retorno se limita, según dicho Gobierno, a hacer patente tal irregularidad.

78. Según el Gobierno alemán, aunque la irregularidad de la situación no debe formalizarse imperativamente mediante una decisión de retorno, una medida de prohibición de entrada sigue siendo posible, incluso en caso de revocación de tal decisión, dado que la prohibición de entrada puede producir los efectos jurídicos que le son propios en el supuesto de que el nacional de un tercer país cumpla la obligación que le incumbe en virtud del artículo 50 de la AufenthG abandonando voluntariamente el territorio alemán.

79. No puedo suscribir este argumento. Esta interpretación no es conforme ni con la lógica ni con el espíritu de la Directiva 2008/115.

80. Por lo que se refiere a la lógica de la Directiva, esta deja ciertamente a los Estados miembros la libertad de prever que una medida de expulsión convierta en irregular la situación de un nacional de un tercer país y que, de este modo, dicho nacional esté sujeto a una obligación jurídica genérica y abstracta de abandonar el territorio del Estado miembro en cuestión, como la obligación que se deriva del artículo 50 de la AufenthG. Sin embargo, una vez que se ha acreditado el carácter irregular de la situación, dicha Directiva no permite al Estado miembro de que se trate tolerar la presencia de dicho nacional a la espera de que decida, por voluntad propia, abandonar el territorio nacional. Muy al contrario, dicho Estado está obligado a dirigir al nacional en cuestión una decisión de retorno, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, [35] salvo que decida regularizar la situación del interesado concediéndole un permiso de residencia u otra autorización que confiera un derecho de estancia, en virtud del artículo 6, apartado 4, de la

[34] Sentencia de 26 de julio de 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590) apartados 46 a 49. Más recientemente, el Tribunal de Justicia se basó en este razonamiento en la sentencia de 17 de septiembre de 2020, JZ (Pena de prisión en caso de prohibición de entrada) (C-806/18, EU:C:2020:724), apartados 32 a 34.

[35] Véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Celaj (C-290/14, EU:C:2015:285), apartado 50, según las cuales «las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de los artículos 6 y siguientes de la Directiva 2008/115 son constantes, continuadas y se aplican sin interrupción en el sentido de que surgen *automáticamente* tan pronto como concurren los requisitos previstos en tales artículos» (el subrayado es mío).

mencionada Directiva.[36] La obligación impuesta a los Estados miembros de iniciar un procedimiento de retorno, si no conceden un derecho de estancia, no está sujeta a ninguna excepción. De este modo, incumbe a los Estados miembros, con independencia de si, en un caso concreto, la decisión de retorno es un elemento constitutivo de la irregularidad de la situación o si tiene un valor meramente declarativo.

81. En cuanto al espíritu de la Directiva 2008/115, la obligación establecida en su artículo 6, apartado 1, tiene por objeto, como explica la Comisión en el «Manual de Retorno», reducir las «zonas grises» (de la inmigración irregular), evitar la explotación de las personas en situación irregular y mejorar la seguridad jurídica de todas las personas afectadas.[37] Sin embargo, una interpretación como la que avala el Gobierno alemán —según la cual la prohibición de entrada no exige necesariamente que el interesado haya abandonado el territorio nacional tras la adopción de una decisión de retorno con respecto a él, en la medida en que basta con que lo haya hecho para cumplir una obligación genérica y abstracta establecida por la legislación nacional— no tendría en cuenta, de manera flagrante, a mi juicio, esas finalidades. En efecto, las «zonas grises» a las que hace referencia la Comisión no pueden reducirse eficazmente mediante tal obligación, ya que, a diferencia de la obligación de retorno contenida en la decisión homónima, no implica necesariamente ni el plazo en el que el interesado está obligado a abandonar el territorio del Estado miembro de que se trate de manera voluntaria, ni una ejecución forzosa de su salida en caso de que no lo haya hecho.

82. Si bien una prohibición de entrada comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 solo puede producir los efectos jurídicos que le son propios a raíz de la ejecución, voluntaria o forzosa, de la decisión de retorno, es evidente que no puede mantenerse en vigor tras la revocación de esta.

83. La tesis expuesta en las presentes conclusiones, según la cual esta prohibición de entrada constituye un instrumento que tiene un carácter accesorio respecto de la decisión de retorno,[38] me parece, por otra parte, reflejada de manera evidente en los fines que subyacen a la inclusión de la prohibición de entrada en la Directiva en cuestión. En las presentes conclusiones ya se ha recordado en numerosas ocasiones que, al impedir la entrada y la estancia en el territorio de todos los Estados miembros, la prohibición de entrada tiene por objeto conferir «una dimensión europea a los efectos de las medidas nacionales de retorno».[39] Procede añadir, como expone, en esencia, el punto 11 del «Manual de Retorno», que la prohibición de entrada tiene por objeto potenciar la credibilidad del procedimiento de retorno al enviar un mensaje a quienes fueron expulsados por haber infringido las normas de migración en los Estados miembros en el sentido

[36] Véase la respuesta de la Comisión a la pregunta parlamentaria n.º P-1687/10 (DO 2011, C 138 E, p. 1), que precisa lo siguiente en relación con la obligación impuesta a los Estados miembros, como el Reino de España: «It implies that Spanish authorities are not free any more —once they become aware of the presence of an illegally staying third-country national on their territory— to tolerate this situation without either initiating return procedures or launching procedures for granting a right to stay» («Ello implica que las autoridades españolas, una vez que tienen conocimiento de la presencia en su territorio de un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular, ya no son libres para tolerar esta situación sin iniciar los procedimientos de retorno o poner en marcha procedimientos para concederle el derecho a permanecer en su territorio»).

[37] Véase «Manual de Retorno», punto 5, p. 100. Véase también la respuesta de la Comisión a la pregunta parlamentaria n.º P-1687/10 (DO 2011, C 138 E, p. 1), según la cual «[the] obligation on Member States to either initiate return procedures or to grant a right to stay has been proposed by the Commission and was adopted by the European Parliament and Council in order to reduce "grey areas", to prevent exploitation of illegally staying persons and to improve legal certainty for all involved» («esta obligación de los Estados miembros de iniciar los procedimientos de retorno o conceder el derecho a permanecer en sus territorios fue propuesta por la Comisión y adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo con el fin de reducir las «zonas grises», evitar la explotación de las personas en situación irregular y mejorar la seguridad jurídica de todas las partes implicadas»).

[38] Véase también Martucci, F.: «La Directiva "retorno": la política europea de inmigración frente a sus paradojas», *Revue trimestrielle de droit de la Union européenne*, 2009, p. 50, que define la prohibición de entrada comprendida en el artículo 11 de la Directiva 2008/115 como «accesoria al retorno».

[39] Directiva 2008/115, considerando 14.

de que no podrán volver a entrar en ningún Estado miembro durante un período determinado. Estos fines no dejan lugar a dudas, en mi opinión, en cuanto al hecho de que toda prohibición de entrada comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 no puede adoptarse en ningún caso a falta de una decisión de retorno o mantenerse en caso de revocación de esta última.

84. Además, no veo de qué modo la circunstancia, mencionada por el tribunal remitente, de que la orden de expulsión adoptada antes de la decisión de retorno haya adquirido firmeza pueda modificar esta conclusión. Muy al contrario, el hecho de que, habida cuenta de esta circunstancia, únicamente falta una resolución administrativa para obtener la ejecución forzosa de la obligación de salida del demandante en el litigio principal, según se prevé en el artículo 50 de la AufenthG, no hace sino poner de relieve que la decisión de retorno ya no existe jurídicamente, de modo que la prohibición de entrada que se deriva de ella carece de toda base jurídica.

85. No obstante, llegados a este punto, cabría preguntarse si la revocación de la decisión de retorno tiene como efecto que la prohibición de entrada que la acompañaba inicialmente se convierta en una «prohibición no vinculada al retorno» y quede así fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, cuestión que ha sido objeto de una solicitud de respuesta por escrito a las partes en el presente procedimiento.

86. Sobre este punto, reconozco que comparto la opinión negativa expresada por la Comisión. Como esta recuerda, la prohibición de entrada y estancia, que acompañaba inicialmente en el asunto principal a la decisión de retorno, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 en la medida en que se dictó contra un nacional de un tercer país en situación irregular, debido precisamente a su situación irregular. Dado que la mera revocación de tal decisión no tiene incidencia alguna en estos elementos, me parece evidente que esa revocación no puede dar lugar, a falta de una nueva medida de las autoridades nacionales, a la modificación de la calificación jurídica de dicha prohibición de entrada y estancia. En efecto, a diferencia de las prohibiciones de entrada adoptadas en virtud del artículo 11 de la Directiva 2008/115, las prohibiciones de entrada de alcance nacional están sujetas a requisitos de aplicación que no incluyen el carácter irregular de la situación. [40] A este respecto, las autoridades alemanas siguen teniendo la posibilidad de adoptar un acto administrativo que contenga una prohibición de entrada nacional, si se cumplen las condiciones, no vinculadas al retorno, para la aplicación de dicha prohibición.

87. Es preciso formular una última observación. Soy consciente de que la preocupación que llevó a las autoridades alemanas a revocar la decisión de retorno, dejando intacta la prohibición de entrada y estancia, era evitar que el demandante en el procedimiento principal consolidara su derecho de estancia en Alemania. [41] Sin embargo, al igual que el Gobierno neerlandés y la Comisión, observo que la Directiva 2008/115 ofrece a los Estados miembros un recurso jurídico para hacer frente a tales situaciones, a saber, el indicado en el artículo 9, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, que establece que los Estados miembros deben aplazar el traslado cuando este vulnere el principio de no devolución, al tiempo que expiden a las personas afectadas una confirmación por escrito de su situación, de conformidad con el considerando 12 de dicha Directiva. [42] Esta vía permite a las autoridades nacionales que la orden de retorno se suspenda sin

[40] Véase el punto 68 de las presentes conclusiones.

[41] Véase el punto 25 de las presentes conclusiones.

[42] A tenor del considerando 12 de la Directiva 2008/115: «[…] Para poder demostrar su situación concreta en el caso de controles o verificaciones administrativas, es preciso proporcionar [a los nacionales de terceros países en situación irregular que aún no pueden ser expulsados] una confirmación escrita de su situación […]».

más y evitar así cualquier duda sobre la legalidad del mantenimiento en vigor de la prohibición de entrada que la acompaña. En la medida en que el traslado del demandante en el procedimiento principal parece haberse suspendido en virtud del estatus de tolerancia previsto en el artículo 60 *bis* de la AufenthG, me pregunto si las autoridades alemanas han hecho uso de esa posibilidad.

88. A la vista de cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que la Directiva 2008/115 se opone al mantenimiento en vigor de una prohibición de entrada y estancia, dictada contra un nacional de un tercer país al mismo tiempo que una orden de expulsión adoptada en base a una condena penal anterior, cuando la decisión de retorno haya sido revocada. Lo mismo cabe decir si dicha orden de expulsión ha adquirido firmeza.

## V. Conclusión

89. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania):

«1) Una prohibición de entrada y estancia, dictada contra un nacional de un tercer país al mismo tiempo que una orden de expulsión adoptada sobre la base a una condena penal anterior, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

2) La Directiva 2008/115 se opone al mantenimiento en vigor de una prohibición de entrada y estancia, dictada contra un nacional de un tercer país al mismo tiempo que una orden de expulsión adoptada en base a una condena penal anterior, cuando la decisión de retorno haya sido revocada. Lo mismo cabe decir si dicha orden de expulsión ha adquirido firmeza.»