Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 3 de junio de 2021 *

«Procedimiento prejudicial — Espacio de libertad, seguridad y justicia — Política de inmigración — Retorno de nacionales de terceros países en situación irregular — Directiva 2008/115/CE — Artículo 2, apartado 1 — Ámbito de aplicación — Nacional de un tercer país — Condena penal en el Estado miembro — Artículo 3, punto 6 — Prohibición de entrada — Motivos de orden público y de seguridad pública — Revocación de la decisión de retorno — Legalidad de la prohibición de entrada»

En el asunto C-546/19,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania), mediante resolución de 9 de mayo de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de julio de 2019, en el procedimiento entre

BZ

y

Westerwaldkreis,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. M. Vilaras (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. N. Piçarra, D. Šváby y S. Rodin y la Sra. K. Jürimäe, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Pikamäe;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. J. Möller y R. Kanitz, en calidad de agentes;

– en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. M. Bulterman y el Sr. J. M. Hoogveld, en calidad de agentes;

* Lengua de procedimiento: alemán.

– en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. C. Ladenburger y la Sra. C. Cattabriga, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 10 de febrero de 2021;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO 2008, L 348, p. 98).

2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre BZ y Westerwaldkreis (Distrito de Westerwald, Alemania) en relación con la legalidad de una decisión de prohibición de entrada y de estancia adoptada contra BZ.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 2008/115

3 El artículo 1 de la Directiva 2008/115, titulado «Objeto», establece 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 El artículo 2, apartados 1 y 2, de esa Directiva, que lleva por título «Ámbito de aplicación», dispone:

«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, titulado «Definiciones», establece:

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

1) “nacional de un tercer país” cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo [21 TFUE, apartado 1] y que no sea un beneficiario del derecho […] a la libre circulación con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 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 personas por las fronteras (DO 2006, L 105, p. 1)];

2) “situación irregular” 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 Código de fronteras Schengen, u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro;

3) “retorno” el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a:

   – su país de origen, o

   – un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u

   – otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido;

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

5) “expulsión” la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro;

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 de la Directiva 2008/115, bajo la rúbrica «Decisión de retorno», tiene el siguiente tenor:

«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.

2. 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.

3. Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1.

4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia.

5. Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6.

[…]»

7 A tenor del artículo 7, apartados 3 y 4, de la Directiva 2008/115, que lleva por título «Salida voluntaria»:

«3. Durante el plazo de salida voluntaria podrán imponerse determinadas obligaciones para evitar el riesgo de fuga, tales como la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza adecuada, la entrega de documentos o la obligación de permanecer en un lugar determinado.

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

8 El artículo 9 de la citada Directiva, titulado «Aplazamiento de la expulsión», establece en sus apartados 1 y 3:

«1. Los Estados miembros aplazarán la expulsión:

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

[…]

3. Si se aplaza una expulsión, tal y como se establece en los apartados 1 y 2, podrán imponerse las obligaciones establecidas en el artículo 7, apartado 3, al nacional de un tercer país de que se trate.»

9 El artículo 11 de esa misma Directiva, titulado «Prohibición de entrada», dispone lo siguiente:

«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.»

Código de fronteras Schengen

10 El artículo 5 del Reglamento n.º 562/2006, derogado y sustituido a partir del 11 de abril de 2016 por el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (código de fronteras Schengen) (DO 2016, L 77, p. 1), fijaba las condiciones de entrada de los nacionales de terceros países para una estancia prevista en el territorio de los Estados miembros de una duración que no excediera de 90 días en cualquier período de 180 días. A partir del 11 de abril de 2016, estas condiciones se establecen en el artículo 6 del Reglamento 2016/399.

Manual de Retorno

11 El Manual de Retorno figura en el anexo de la 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). Como se desprende del punto 2 de esta Recomendación, este manual constituye una herramienta de referencia para las autoridades de los Estados miembros competentes para la ejecución de tareas relacionadas con el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

12 El Manual sobre Retorno contiene un apartado 11, titulado «Prohibiciones de entrada», cuyo párrafo quinto tiene el siguiente tenor:

«Las normas sobre las prohibiciones de entrada relacionadas con el retorno dispuestas en la Directiva [2008/115] no afectan a las prohibiciones de entrada dictadas con fines que no atañen a la migración, como las prohibiciones de entrada a nacionales de terceros países que hayan cometido delitos graves o sobre los que existan indicios claros de que tienen intención de cometer tales delitos [[véase el artículo 24, apartado 2, 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), DO 2006, L 381, p. 4]] o las prohibiciones de entrada que constituyan una medida restrictiva adoptada de conformidad con el capítulo 2 del título V del [Tratado] UE, incluidas las medidas por las que se ejecuten prohibiciones de viaje dictadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.»

Derecho nacional

13 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»), contiene un artículo 11, que lleva por título «Prohibición de entrada y de estancia», con arreglo al cual:

«1. El extranjero que haya sido objeto de una medida de expulsión, de devolución o de alejamiento ya no tendrá derecho a entrar de nuevo en el territorio de la República Federal ni a permanecer en él y no se le podrá expedir ningún permiso de residencia, aun cuando tuviera derecho a ello con arreglo a la presente Ley (prohibición de entrada y de estancia).

2. La duración de la prohibición de entrada y de estancia se fijará de oficio. Este plazo comenzará 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 orden de abandonar el territorio so pena de expulsión y a más tardar en el momento de la expulsión o de la devolución. A fin de prevenir una amenaza para la seguridad pública y el orden público, dicho plazo podrá ir acompañado de un requisito, relativo en particular a la inexistencia comprobada de sanciones penales o de consumo o tráfico de drogas. Si no se cumple ese requisito al término del plazo, se aplicará un plazo más largo, que se fijará de oficio al mismo tiempo que el plazo establecido en la quinta frase.

3. La duración de la prohibición de entrada y de 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.

[…]»

14 El artículo 50 de la AufenthG, que lleva por título «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.

[…]»

15 El artículo 51 de la AufenthG, bajo la rúbrica «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 […]».

16 El artículo 53, apartado 1, de la AufenthG, titulado «Expulsión», establece:

«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.»

17 El artículo 54, apartado 1, punto 1, de la AufenthG tiene el siguiente tenor:

«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 […]».

18 El artículo 58 de la AufenthG, que lleva por título «Alejamiento», dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

«1. El extranjero será objeto de una medida de alejamiento 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.

[…]»

19 El artículo 59 de la AufenthG, titulado «Orden de abandonar el territorio so pena de expulsión», dispone, en sus apartados 1 y 2:

«1. La expulsión irá precedida de una orden de abandonar el territorio so pena de expulsión que fije un plazo razonable de salida voluntaria comprendido entre siete y 30 días. […]

2. La orden de abandonar el territorio so pena de expulsión designará al Estado al que vaya a ser expulsado el extranjero y precisará que este también podrá ser expulsado a otro Estado en cuyo territorio esté autorizado a entrar o que esté obligado a admitirlo.

[…]»

20 El artículo 60a de la AufenthG, que lleva por título «Suspensión temporal de la expulsión (tolerancia)», establece lo siguiente en sus apartados 2 a 4:

«2. Se suspenderá la expulsión del extranjero mientras resulte imposible por razones de hecho y de Derecho y no se le conceda ninguna tarjeta de residencia temporal. […]

3. La suspensión de la expulsión 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 de la expulsión.

[…]»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

21 BZ, de nacionalidad indeterminada, nació en Siria y reside en Alemania desde el año 1990. Aunque desde esa fecha pesa sobre él la obligación de abandonar el territorio, ha continuado residiendo en ese Estado miembro en virtud de una «suspensión provisional de la expulsión (tolerancia)» regularmente prorrogada, basada en el artículo 60a de la AufenthG.

22 El 17 de abril de 2013, BZ fue condenado a una pena privativa de libertad de tres años y cuatro meses por delitos relacionados con el apoyo al terrorismo. En marzo de 2014, obtuvo la suspensión del cumplimento del tiempo restante de su condena.

23 Como consecuencia de esa condena penal, el Distrito de Westerwald, mediante orden de 24 de febrero de 2014, decretó la expulsión de BZ, sobre la base del artículo 53, apartado 1, de la AufenthG. Esa orden iba acompañada de una prohibición de entrada y de estancia en Alemania por una duración de seis años, reducida posteriormente a cuatro años, a partir de la fecha en la que BZ abandonara efectivamente el territorio alemán, y limitada a más tardar al 21 de julio de 2023. Al mismo tiempo, el Distrito de Westerwald decretó contra BZ una orden de abandonar el territorio so pena de expulsión.

24 BZ impugnó las citadas resoluciones. En la comparecencia ante la comisión encargada de resolver las impugnaciones, el Distrito de Westerwald revocó la orden de abandonar el territorio so pena de expulsión. La impugnación formulada por BZ fue desestimada en todo lo demás.

25 Como consecuencia de ello, BZ interpuso ante el Verwaltungsgericht Koblenz (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Coblenza, Alemania) un recurso contra las medidas adoptadas en su contra. Tras haberse desestimado el recurso, BZ interpuso recurso de apelación contra la resolución desestimatoria ante el Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Renania-Palatinado, Alemania).

26 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 presentada por BZ al considerarla manifiestamente infundada. Esa autoridad determinó también que BZ no podía ser devuelto a Siria, ya que, respecto de ese país, se cumplían los requisitos para la prohibición de expulsión.

27 Mediante sentencia de 5 de abril de 2018, el Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Renania-Palatinado) desestimó el recurso de apelación interpuesto por BZ con el que solicitaba que se anulara la medida de expulsión y se determinara la duración de la prohibición de entrada y de estancia. A raíz de ello, BZ interpuso un recurso de casación contra esa sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente.

28 El órgano jurisdiccional remitente señala que desestimó el recurso de casación interpuesto por BZ, en la parte en que dicho recurso versaba sobre la orden de expulsión dictada en su contra, que adquirió así firmeza. Desglosó el procedimiento de casación tramitándolo únicamente en la parte en que se refería a la decisión de reducir a cuatro años, a partir de una eventual salida de BZ del territorio alemán y a más tardar hasta el 21 de julio de 2023, la duración de la prohibición de entrada y de estancia que acompañaba a esa orden.

29 De las explicaciones dadas por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que, según el Derecho alemán, la adopción de una orden de expulsión, en virtud del artículo 53 de la AufenthG, tiene como consecuencia, por un lado, poner fin a la validez del permiso de residencia del interesado, con arreglo al artículo 51, apartado 1, punto 5, de la AufenthG, y, por otro lado, prohibir, en virtud del artículo 11, apartado 1, de la AufenthG, la entrada y la estancia así como la expedición de un nuevo permiso de residencia a esa persona antes de la expiración de la duración de la orden de expulsión.

30 El órgano jurisdiccional remitente precisa asimismo que, en Derecho alemán, la orden de expulsión no constituye una «decisión de retorno» en el sentido del artículo 3, punto 4, de la Directiva 2008/115. En cambio, sí es lo que sucede, según el órgano jurisdiccional remitente, con la orden de abandonar el territorio so pena de expulsión, prevista en el artículo 59, apartado 1, primera frase, de la AufenthG.

31 El órgano jurisdiccional remitente añade que una orden de expulsión, adoptada en virtud del artículo 53 de la AufenthG, no conduce necesariamente a la expulsión del extranjero de que se trate. Así pues, las personas cuya estancia constituye una amenaza para la seguridad pública podrían estar sujetos a tal medida, aun cuando su expulsión del territorio alemán no fuera posible debido a la situación existente en el país de su destino. En este supuesto, el Derecho nacional no obliga a revocar la prohibición de entrada y de estancia dictada en virtud del artículo 11, apartado 1, de la AufenthG.

32 El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de si una prohibición de entrada y de estancia dictada contra un nacional de un tercer país con fines «que no atañen a la migración», en particular en combinación con una orden de expulsión, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115. Sus dudas derivan, en particular, de la indicación que figura en el apartado 11, párrafo quinto, del Manual de Retorno, según la cual las normas sobre las prohibiciones de entrada relacionadas con el retorno dispuestas en la Directiva 2008/115 «no afectan a las prohibiciones de entrada dictadas con fines que no atañen a la migración».

33 El órgano jurisdiccional remitente subraya, además, que la República Federal de Alemania no ha hecho uso de la facultad que le confiere 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.

34 En esas circunstancias, el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) ¿Está comprendida, en cualquier caso, en el ámbito de aplicación de la Directiva [2008/115], una prohibición de entrada dictada contra un nacional de un tercer país con fines "que no atañen a la migración" si el Estado miembro no ha hecho uso de la facultad 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 del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 si el nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular y, por lo tanto, está sujeto en principio al ámbito de aplicación de esa Directiva, 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 dictada con fines "que no atañen a la migración" aquella que se impone en relación con una orden de expulsión adoptada por razones de seguridad y de orden público (es decir, en este caso, solo a efectos de prevención general en el marco de la lucha contra el terrorismo)?

2) Para el supuesto de que el Tribunal de Justicia responda a la primera cuestión prejudicial en el sentido de que la prohibición de entrada de que se trata está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115:

a) ¿Tiene como consecuencia la revocación de la decisión de retorno (en este caso, de una orden de abandonar el territorio so pena de expulsión) la ilegalidad de la prohibición de entrada (en el sentido del artículo 3, punto 6, de la Directiva 2008/115) dictada junto con dicha decisión?

b) ¿Se convierte en ilegal la prohibición de entrada aunque la orden de expulsión adoptada anteriormente a la decisión de retorno adquiera firmeza?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad

35 En sus observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno alemán alegó que, a diferencia de lo que indica el órgano jurisdiccional remitente, la República Federal de Alemania había hecho uso de la facultad prevista en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115, de no aplicar esa 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.

36 El Gobierno alemán se remitió, en particular, a la exposición de motivos de la Ley que transpuso la Directiva 2008/115 al ordenamiento jurídico alemán, de la que se desprende que la excepción a la duración máxima de cinco años de la prohibición de entrada y de estancia establecida en el artículo 11, apartado 3, segunda frase, de la AufenthG se basaba, en particular, en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115.

37 Según el Gobierno alemán, dado que las disposiciones del Derecho nacional aplicables al litigio principal se adoptaron haciendo uso de la facultad que el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115 concede a los Estados miembros, la interpretación de esa Directiva solicitada

por el órgano jurisdiccional remitente carece de pertinencia para el litigio del que conoce. Por consiguiente, considera que procede declarar la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

38 No obstante, ha de recordarse que, según jurisprudencia reiterada, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad, y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia, disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional solo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia de 22 de diciembre de 2008, Régie Networks, C-333/07, EU:C:2008:764, apartado 46 y jurisprudencia citada).

39 En el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente ha confirmado, en respuesta a una solicitud de aclaraciones formulada por el Tribunal de Justicia, que, según su interpretación del Derecho alemán, el legislador alemán no decidió, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115, excluir completamente 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. De la exposición de motivos invocada por el Gobierno alemán se desprende que el legislador alemán solo pretendió establecer excepciones puntuales a la disposición específica del artículo 11, apartado 2, de la citada Directiva, relativa a la duración máxima de validez de la prohibición de entrada y de estancia.

40 A la vista de esas indicaciones aportadas por el órgano jurisdiccional remitente, no puede considerarse que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada por ese órgano jurisdiccional no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, de modo que no resulta evidente que las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión carezcan de pertinencia.

41 En consecuencia, la petición de decisión prejudicial es admisible.

Primera cuestión prejudicial

42 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que esa Directiva se aplica a una prohibición de entrada y de estancia dictada por un Estado miembro que no ha hecho uso de la facultad prevista en el artículo 2, apartado 2, letra b), de esa Directiva contra un nacional de un tercer país que se encuentra en su territorio y está sujeto a una orden de expulsión, por razones de seguridad pública y de orden público, sobre la base de una condena penal anterior.

43 A este respecto, procede recordar, en primer lugar, que, a tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2008/115, esta se aplica a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. El concepto de «situación irregular» se define en el artículo 3, punto 2, de dicha Directiva como «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 código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro».

44 De esta definición se desprende que todo nacional de un tercer país que se halle en el territorio de un Estado miembro sin cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en él se encuentra, por esa mera razón, en situación irregular y, en consecuencia, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 (véanse, en ese sentido, las sentencias de 7 de junio de 2016, Affum, C-47/15, EU:C:2016:408, apartado 48, y de 19 de junio de 2018, Gnandi, C-181/16, EU:C:2018:465, apartado 39).

45 De ello se deduce que el ámbito de aplicación de esa Directiva se define en relación únicamente con la situación irregular en la que se encuentra un nacional de un tercer país, con independencia de los motivos en los que se base dicha situación o de las medidas que puedan adoptarse respecto de ese individuo.

46 En segundo lugar, el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/115, a tenor del cual los Estados miembros podrán decidir excluir del ámbito de aplicación de esa Directiva a los nacionales de terceros países que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición, confirma esta interpretación. En efecto, no habría sido necesario prever, en una disposición específica, tal facultad para los Estados miembros si los nacionales terceros de que se trata no estuvieran comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 2, apartado 1, de esta.

47 En tercer lugar, el apartado 11, párrafo quinto, del Manual de Retorno no desvirtúa las consideraciones anteriores. En efecto, el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, tal como se desprende inequívocamente de su artículo 2, apartado 1, no puede ser modificado por una recomendación de la Comisión, que carece de efecto vinculante.

48 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que esa Directiva se aplica a una prohibición de entrada y de estancia dictada por un Estado miembro que no ha hecho uso de la facultad prevista en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la citada Directiva contra un nacional de un tercer país que se encuentra en su territorio y está sujeto a una orden de expulsión, por razones de seguridad pública y de orden público, sobre la base de una condena penal anterior.

Segunda cuestión prejudicial

49 Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone al mantenimiento en vigor de una prohibición de entrada y de estancia, dictada por un Estado miembro contra un nacional de un tercer país que se encuentra en su territorio y está sujeto a una orden de expulsión, que ha adquirido firmeza, adoptada por razones de seguridad pública y de orden público sobre la base de una condena penal anterior, cuando la decisión de retorno adoptada contra aquel por el citado Estado miembro ha sido revocada.

50 Ha de recordarse que el artículo 3, punto 6, de la Directiva 2008/115 define el concepto de «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». Esta última decisión se define en el artículo 3, punto 4, de esa Directiva como «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».

51 Con arreglo al artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2008/115, las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o si la obligación de retorno no se ha cumplido. En otros casos, las decisiones de retorno podrán ir acompañadas de una prohibición de entrada.

52 Del tenor de dichas disposiciones se desprende que se supone que una «prohibición de entrada» completa una decisión de retorno, prohibiendo al interesado por un plazo determinado tras su «retorno», tal como se define en el artículo 3, punto 3, de la Directiva 2008/115, y, por tanto, después de su salida del territorio de los Estados miembros, que entre de nuevo en este territorio y permanezca posteriormente en él [sentencias de 26 de julio de 2017, Ouhrami, C-225/16, EU:C:2017:590, apartado 45, y de 17 de septiembre de 2020, JZ (Pena de prisión en caso de prohibición de entrada), C-806/18, EU:C:2020:724, apartado 32]. Una prohibición de entrada solo produce efectos, por consiguiente, a partir del momento en que el interesado abandone efectivamente el territorio de los Estados miembros [véase, en ese sentido, 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, apartado 33].

53 En el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente ha indicado, por una parte, que en Derecho alemán la orden de abandonar el territorio so pena de expulsión, en el sentido del artículo 59 de la AufenthG, es la que constituye una «decisión de retorno», en el sentido del artículo 3, punto 4, de la Directiva 2008/115, y, por otra parte, que aunque BZ estuvo inicialmente sujeto a tal orden, esta fue posteriormente revocada, de modo que la prohibición de entrada y de estancia dictada contra BZ no acompaña en la actualidad a ninguna decisión de retorno.

54 Pues bien, como ha señalado el Abogado General en el punto 82 de sus conclusiones, 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, no puede mantenerse en vigor tras la revocación de esa decisión de retorno.

55 En este contexto, debe precisarse además que del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115 se desprende que, sin perjuicio de las excepciones previstas en los apartados 2 a 5 de ese artículo, los Estados miembros están obligados a adoptar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.

56 De ello se deduce que, cuando un Estado miembro se encuentra ante un nacional de un tercer país que se halla en su territorio y no dispone o ha dejado de disponer de un permiso de residencia válido, ese Estado miembro debe determinar, con arreglo a las disposiciones pertinentes, si procede expedir a ese individuo un nuevo permiso de residencia. Si no sucede así, el Estado miembro de que se trate estará obligado a adoptar respecto de dicha persona una decisión de

retorno que, de conformidad con el artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2008/115, podrá o deberá ir acompañada de una prohibición de entrada, en el sentido del artículo 3, punto 6, de esa Directiva.

57 Por consiguiente, como ha señalado el Abogado General, en esencia, en el punto 81 de sus conclusiones, sería contrario tanto al objeto de la Directiva 2008/115, tal como se enuncia en su artículo 1, como al tenor del artículo 6 de dicha Directiva, tolerar la existencia de un estatuto intermedio de nacionales de terceros países que se encuentren en el territorio de un Estado miembro sin derecho ni permiso de residencia y, en su caso, estén sujetos a una prohibición de entrada, pero respecto de los cuales no subsista ninguna decisión de retorno válida.

58 Las consideraciones anteriores siguen siendo válidas también en lo que respecta a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro que, como BZ, no pueden ser expulsados, puesto que el principio de no devolución se opone a ello.

59 En efecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 87 de sus conclusiones, del artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2008/115 se desprende que esta circunstancia no justifica que no se adopte una decisión de retorno respecto de un nacional de un tercer país en tal situación, sino únicamente que se suspenda su expulsión, en ejecución de dicha decisión.

60 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el hecho de que una orden de expulsión, como la que pesa sobre BZ, haya adquirido firmeza no puede justificar que se mantenga en vigor una prohibición de entrada y de estancia, cuando no subsiste, respecto a BZ, ninguna decisión de retorno.

61 Habida cuenta de todas estas consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone al mantenimiento en vigor de una prohibición de entrada y de estancia dictada por un Estado miembro contra un nacional de un tercer país que se encuentra en su territorio y está sujeto a una orden de expulsión, que ha adquirido firmeza, adoptada por razones de seguridad pública y de orden público sobre la base de una condena penal anterior, cuando la decisión de retorno adoptada contra aquel por el citado Estado miembro ha sido revocada aunque esa orden de expulsión haya adquirido firmeza.

Costas

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

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

1) **El artículo 2, apartado 1, 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, debe interpretarse en el sentido de que esa Directiva se aplica a una prohibición de entrada y de estancia dictada por un Estado miembro que no ha hecho uso de la facultad prevista en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la citada Directiva**

contra un nacional de un tercer país que se encuentra en su territorio y está sujeto a una orden de expulsión, por razones de seguridad pública y de orden público, sobre la base de una condena penal anterior.

2) **La Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone al mantenimiento en vigor de una prohibición de entrada y de estancia dictada por un Estado miembro contra un nacional de un tercer país que se encuentra en su territorio y está sujeto a una orden de expulsión, que ha adquirido firmeza, adoptada por razones de seguridad pública y de orden público sobre la base de una condena penal anterior, cuando la decisión de retorno adoptada contra aquel por el citado Estado miembro ha sido revocada aunque esa orden de expulsión haya adquirido firmeza.**

Firmas