

Asunto C-546/19

Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

Fecha de presentación:

16 de julio de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

9 de mayo de 2019

Parte demandante, apelante y recurrente en casación:

BZ

Parte demandada, apelada y recurrida en casación:

Westerwaldkreis

Objeto del procedimiento principal

Prohibición de entrada dictada con fines que no atañen a la migración

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Aplicación de la Directiva 2008/115 («Directiva relativa al retorno») a una prohibición de entrada dictada con fines que no atañen a la migración; artículo 267 TFUE

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/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), 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 anulación administrativa de la decisión de retorno (en este caso, la notificación de la expulsión) 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?»

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

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), artículos 1; 2, apartado 2, letra b); 3, puntos 4 («decisión de retorno») y 6 («prohibición de entrada»); 7, apartado 1; 8, apartado 1, y 11, apartado 1

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Aufenthaltsgesetz (Ley de residencia; en lo sucesivo, «AufenthG»), artículos 11 (prohibición de entrada y residencia), 50 (obligación de salida), 51 (fin de la legalidad de la residencia, continuidad de las limitaciones), 53 (expulsión), 54

(interés en la expulsión), 55 (interés en la permanencia), 58 (ejecución de la expulsión), 59 (notificación de la expulsión) y 60 *bis* [suspensión temporal de la expulsión (autorización de residencia por circunstancias excepcionales)]

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El demandante, nacido en 1986 en Siria, pertenece a la etnia palestina, aunque se desconoce su nacionalidad. En 1990 viajó con identidad falsa a la República Federal de Alemania junto con sus padres. Su solicitud de reconocimiento del derecho de asilo fue desestimada. Desde entonces pesa sobre él una orden de abandonar el país, si bien permanece en Alemania gracias a una autorización renovada periódicamente, con arreglo al artículo 60 *bis* de la AufenthG.
- 2 Mediante sentencia firme de 17 de abril de 2013, el Oberlandesgericht Koblenz (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Coblenza) condenó al demandante a una pena privativa de libertad global de tres años y cuatro meses por la comisión de treinta y nueve delitos de captación de miembros o colaboradores de una organización terrorista extranjera y dos delitos de representación de actos de violencia, en un caso en concurso ideal con la aprobación del delito. Según las conclusiones del Oberlandesgericht, entre septiembre de 2007 y diciembre de 2009, el demandante distribuyó videos y textos de organizaciones terroristas islámicas en Internet. En marzo de 2014, se suspendió con carácter condicional el cumplimiento del resto de la pena impuesta. El período de prueba se fijó en cuatro años.
- 3 Mediante resolución de 24 de febrero de 2014, la demandada ordenó la expulsión del demandante del territorio federal. Declaró que la expulsión también incluía la prohibición de entrada en la República Federal de Alemania. En marzo de 2018, la demandada redujo la prohibición inicial de entrada y residencia dictada en 2014 de seis a cuatro años, a partir de una posible salida y, a más tardar, hasta el 21 de julio de 2023, con independencia de cualquier salida.
- 4 El recurso de casación del demandante se dirige contra la sentencia del Oberverwaltungsgericht (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de abril de 2018, mediante la cual este desestimó el recurso de apelación del demandante.
- 5 El órgano jurisdiccional remitente desestimó el recurso de casación del demandante en la medida en que se dirige contra su expulsión. Por tanto, el objeto del procedimiento de casación se circunscribe a la decisión unida a la expulsión de limitar la prohibición de entrada y residencia a un plazo de cuatro años, a partir de una posible salida y, a más tardar, hasta el 21 de julio de 2023, con independencia de cualquier salida. En este contexto se plantean las cuestiones anteriormente señaladas.
- 6 De conformidad con la legislación nacional (artículo 11 de la AufenthG), se cumplen los requisitos para una prohibición de entrada y residencia. Con arreglo

al artículo 11 de la AufenthG, el extranjero a quien se haya impuesto una medida de expulsión perderá el derecho a entrar en el territorio federal y a permanecer en él y no se expedirá ningún título de residencia a su favor, aunque concurren las condiciones exigidas por la presente Ley. La orden de expulsión es firme. Los recursos del demandante contra la expulsión han sido desestimados definitivamente, ya que el órgano jurisdiccional remitente desestimó el recurso de casación del demandante contra las sentencias de instancia.

- 7 La expulsión es legal y admisible, aunque el demandante no pueda ser deportado a Siria en un futuro previsible debido al riesgo de una vulneración de sus derechos, en virtud del artículo 3 del CEDH. Según la Ley de residencia alemana, una expulsión no está directamente relacionada con el fin de la residencia y no siempre da lugar a este. Aquellas personas cuya permanencia ponga en peligro la seguridad pública también pueden ser expulsadas si la deportación no es posible debido a las condiciones existentes en el país de destino. Esto significa, al menos, que el permiso de residencia del extranjero expira (artículo 51, apartado 1, punto 5, de la AufenthG) y que, en determinados casos, son de aplicación medidas de vigilancia en materia de extranjería. No obstante, los extranjeros que, como el demandante, nunca han tenido un permiso de residencia y solo permanecen en Alemania gracias a una autorización con arreglo al artículo 60 *bis* de la AufenthG, también pueden ser expulsados de Alemania. En este caso la expulsión implica que no se podrá conceder al extranjero un permiso de residencia hasta la expiración del plazo (artículo 11, apartado 1, de la AufenthG).
- 8 Inicialmente, la demandada limitó de oficio la prohibición de entrada y residencia, con arreglo al artículo 11, apartado 2, de la AufenthG. Posteriormente, redujo la prohibición de entrada y residencia unida a la salida a un período de cuatro años, sin incurrir en error de apreciación alguno.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 9 Resulta necesario aclarar si una prohibición de entrada y residencia (temporal), unida a la propia decisión de expulsión, que en virtud del Derecho nacional es posible sin que exista una notificación de expulsión, es compatible con el Derecho de la Unión.
- 10 Una «decisión de retorno», con arreglo al artículo 3, punto 4, de la Directiva 2008/115 es, si se considera que esta Directiva es aplicable a medidas que pongan fin a la residencia por razones de seguridad y de orden público, aquella que, conforme a la interpretación de la legislación nacional, no se refiere a la propia expulsión (artículos 53 y siguientes de la AufenthG), que en cualquier caso pone fin a la legalidad de una residencia por imperativo legal (artículo 50, apartados 1 y 2, y artículo 51, apartado 1, punto 5, de la AufenthG), sino solo a la notificación de la expulsión (artículo 59, apartado 1, primera frase, de la AufenthG).
- 11 El término «decisión de retorno» se define en el artículo 3, punto 4, de la Directiva 2008/115 como una decisión o acto de naturaleza administrativa o

judicial por el que se declara irregular la situación de un nacional de un tercer país y se impone o declara una obligación de retorno. De conformidad con el artículo 6, apartado 6, de la Directiva 2008/115, esta no impedirá a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial, si así lo dispone su legislación nacional, sin perjuicio de las garantías procedimentales previstas en el Capítulo III y otras disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión y nacional.

- 12 La decisión de expulsión en virtud de la legislación nacional solo da lugar a la ilegalidad de la residencia (al menos en el caso de los extranjeros que residan legalmente). Únicamente en la notificación de la expulsión se deberá establecer el plazo necesario para la salida voluntaria acordada administrativa o judicialmente en la decisión de retorno, con arreglo al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/115 (artículo 59, apartado 1, de la AufenthG), cuyo transcurso infructuoso constituye un requisito previo para el cumplimiento forzoso de la obligación de salida mediante la expulsión (artículo 58 de la AufenthG).
- 13 El órgano jurisdiccional remitente considera que las prohibiciones de entrada y residencia con fines migratorios están plenamente cubiertas por la Directiva. Sin embargo, es necesario aclarar si esto también es aplicable a las «prohibiciones de entrada con fines que no atañen a la migración».
- 14 Hasta la fecha, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha aclarado si las prohibiciones de entrada con fines que no atañen a la migración no están comprendidas, en principio, en el ámbito de aplicación de la Directiva de retorno o lo están solo en determinados supuestos.
- 15 A efectos de decidir sobre la legalidad de la controvertida «prohibición de entrada y residencia con fines que no atañen a la migración» en el citado sentido del artículo 11, apartado 1, de la AufenthG, unida a una decisión de expulsión, con arreglo al artículo 51, apartado 1, punto 5, de la AufenthG, en relación con los artículos 53 y siguientes de la misma ley, es determinante si esta está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115. De ser así, se deberá aclarar también si la prohibición de entrada y residencia con fines que no atañen a la migración sigue siendo compatible con la Directiva 2008/115, incluso después de una anulación administrativa de la decisión de retorno unida a aquella (en este caso, la notificación de expulsión con arreglo al artículo 59, apartado 1, primera frase, de la AufenthG).

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 16 Con la primera cuestión, letra a), el órgano jurisdiccional remitente desea saber si las «prohibiciones de entrada y residencia con fines que no atañen a la migración» están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 si el Estado miembro, en el presente caso, la República Federal de Alemania, no ha hecho uso de la posibilidad del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva

2008/115. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre la aplicabilidad de la Directiva a la luz 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).

- 17 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 la 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». La Comisión entiende por «prohibición de entrada con fines de migración» una prohibición de entrada basada en la infracción de las normas de migración aplicables en los Estados miembros, es decir, de aquellas disposiciones que regulan la entrada y residencia de los nacionales de terceros países en el Estado miembro de que se trate (véase el punto 11 de la Recomendación 2017/2338). Si la infracción de las disposiciones en cuestión en materia de migración hace que la residencia del nacional de un tercer país en el Estado miembro correspondiente sea o devenga ilegal, su retorno se regirá por las 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. Por el contrario, el término «prohibición de entrada con fines que no atañen a la migración» en el sentido del punto 11 de la Recomendación 2017/2338 hace referencia a una prohibición de entrada que no se basa en la infracción de las disposiciones en materia de migración aplicables en los Estados miembros, sino que se dicta para otros fines. Estas incluyen, en particular, las prohibiciones de entrada impuestas por la comisión de delitos graves por parte de nacionales de terceros países y su sanción administrativa o judicial y que protegen la seguridad y el orden público en el Estado miembro.
- 18 El tenor tanto del artículo 3, punto 6, como del artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2008/115 no prevé una restricción del ámbito de aplicación de la Directiva.
- 19 Desde un punto de vista sistemático, el órgano jurisdiccional remitente tampoco puede apreciar indicios a favor de tal restricción del ámbito de aplicación de la Directiva. No obstante, se remite a una resolución del Conseil d'État (Consejo de Estado) francés, según la cual la Directiva relativa al retorno solo debe aplicarse a las decisiones de retorno adoptadas por los Estados miembros como consecuencia de la residencia ilegal de un nacional de un tercer país. Sin embargo, desde el punto de vista del órgano jurisdiccional remitente, de los artículos 1; 2, apartado 2, letra b), y 11, apartado 2, segunda frase, de la Directiva, se deduce que esta no diferencia entre las razones por las que se impone una obligación de retorno a un nacional de un tercer país en situación irregular. De hecho, las citadas

disposiciones sugieren que la Directiva tiene, en principio, un amplio ámbito de aplicación que, sin embargo, puede ser limitado.

- 20 De conformidad con el considerando 14, los artículos 3, punto 6, y 11 de la Directiva 2008/115 sirven para dar una dimensión europea a los efectos de las medidas nacionales de retorno, mediante el establecimiento de una prohibición de entrada que impida la entrada y la estancia en el territorio de todos los Estados miembros. El objetivo es prevenir la inmigración ilegal y evitar que los nacionales de terceros países en situación irregular puedan eludir las medidas que pongan fin a la residencia debido a la existencia de normas divergentes en los Estados miembros. Estos objetivos también sugieren, en principio, un concepto amplio del ámbito de aplicación.
- 21 El punto 11 de la Recomendación 2017/2338 atribuye a las prohibiciones de entrada relacionadas con el retorno previstas en la Directiva 2008/115 efectos preventivos y la función de potenciar la credibilidad de la política de retorno. No obstante, esta disposición también establece que las normas sobre dichas prohibiciones de entrada relacionadas con el retorno dispuestas en la Directiva relativa al retorno no afectan a las prohibiciones de entrada dictadas con «fines que no atañen a la migración». En este sentido, se hace referencia expresa a 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. A este respecto, la Recomendación 2017/2338 se remite al artículo 24, apartado 2, en relación con el apartado 1, 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).
- 22 De la interpretación histórica de la Directiva 2008/115 no cabe deducir indicios claros en relación con la afirmación contenida en el punto 11 de la Recomendación 2017/2338 de que las prohibiciones de entrada dictadas con «fines que no atañen a la migración» no se verán afectadas por las normas sobre las prohibiciones de entrada relacionadas con el retorno dispuestas en la Directiva relativa al retorno.
- 23 En el apartado 3, punto 12, de su 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/2005/0391 final), la Comisión declara que incluso si hay razones para impulsar la armonización de la cuestión de la «expulsión por razones de orden público/seguridad pública», tal armonización no debe proponerse en el contexto de una Directiva que trata del fin de la estancia ilegal/del retorno, sino más bien en el contexto de las Directivas que regulan las condiciones de entrada y estancia —y del fin— de la residencia/estancia legales. No obstante, una vez terminada por razones de orden público la estancia legal de un nacional de un tercer Estado, a efectos de la Directiva relativa al retorno esta persona pasa a ser

un nacional de un tercer Estado que permanece ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y lo dispuesto en esta Directiva le será aplicable.

- 24 En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, letra a), se plantea la primera cuestión, letra b), relativa a si una prohibición de entrada dictada con «fines que no atañen a la migración» está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, aun cuando, como ocurre con el demandante en el presente caso, el nacional de un tercer país se encuentre en situación irregular y, por tanto, esté 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. Con la primera cuestión, letra c), el órgano jurisdiccional remitente desea saber si una prohibición de entrada unida a una expulsión de carácter preventivo general de un nacional de un tercer país condenado por delitos graves constituye también una prohibición de entrada con fines que no atañen a la migración.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

- 25 La segunda cuestión se plantea para el caso de que una prohibición de entrada con fines que no atañen a la migración esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115.
- 26 Mediante la segunda cuestión, letra a), el órgano jurisdiccional remitente desea saber si la anulación de una decisión de retorno (en el presente caso, la anulación de la notificación de expulsión) tiene como consecuencia que una prohibición de entrada dictada junto con la decisión de retorno devenga ilegal, en el sentido del artículo 3, apartado 6, de la Directiva. En opinión del tribunal remitente no es necesario que la anulación de la decisión de retorno prive a la prohibición de entrada unida a aquella de su base jurídica, puesto que en virtud del Derecho de la Unión de la vinculación temporal se deriva siempre y necesariamente una relación material.
- 27 Si, en principio, se responde en sentido afirmativo a la cuestión de la vinculación, con la segunda cuestión, letra b), el órgano jurisdiccional remitente también desea saber qué sucede cuando una orden de expulsión administrativa anterior a la decisión de retorno ha devenido firme, con arreglo al artículo 53 de la AufenthaltG. Por lo tanto, la segunda cuestión, letra b), hace referencia a una posible desvinculación de la (subsistente) decisión de retorno y la prohibición de entrada en aquellos casos en que: la situación irregular sea firme como consecuencia de una resolución administrativa o judicial, es decir, ya no pueda ser impugnada por el nacional de un tercer país mediante los correspondientes recursos, de ello se derive, con arreglo al Derecho nacional, la obligación de salida del nacional de un tercer país, que, en principio, también exige abandonar el territorio de la Unión y solo se requiera una resolución administrativa (en virtud de la legislación nacional: la notificación de expulsión) para hacer cumplir de forma forzosa mediante la expulsión esta obligación de retorno objetivamente existente.