

**TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

**TJCE – SENTENCIA DE 31.01.2006,
COMISIÓN/ESPAÑA, C-503/03, LIBRE CIRCULACIÓN
DE PERSONAS, SISTEMA DE INFORMACIÓN
DE SCHENGEN, LISTA DE NO ADMISIBLES**

ANDREU OLESTI RAYO*

El 31 de enero de 2006, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas adoptó su sentencia al asunto C-503/03, Comisión contra España, relativa a la denegación de visado a dos nacionales de países terceros que eran familiares de ciudadanos de la Unión Europea. Los hechos que dieron lugar al asunto hacen referencia a dos nacionales argelinos, el Sr. Farid y el Sr. Bouchair cónyuges de nacionales españolas que residen en un caso en Dublín y en otro en Londres. En ambos supuestos, se les niega la concesión del visado Schengen, y la entrada en España, por haber sido incluidos en la lista de extranjeros no admisibles, por la República Federal de Alemania, en el Sistema de Información Schengen (SIS). El motivo de la inscripción no se referenciaba en el SIS; de los hechos, se desprende que obedecía, en ambos casos, a la existencia de condenas penales. El Sr. Farid fue condenado, en 1994, a una multa por haber conducido un camión sin permiso de conducir, y el Sr. Bouchair había sido condenado, en 1989, a una pena privativa de libertad de cinco meses, porque, con anterioridad a su matrimonio con la nacional española, había presentado una solicitud de asilo con una identidad falsa en la República Federal de Alemania¹.

* Catedrático de Derecho Internacional Público (Derecho Comunitario Europeo) de la Universitat de Barcelona.

¹ Vid. las conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas al asunto el 10 de marzo de 2005.

La Comisión interpuso un recurso de incumplimiento contra España alegando la infracción de diversos aspectos contenidos en la Directiva del Consejo 64/221. Esta Directiva, que en la actualidad ha sido derogada por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/38, establecía los requisitos que se deben exigir para restringir la entrada y residencia de nacionales de otros Estados miembros, y sus familias, por razón de orden público, salud y seguridad públicas. España, según la Comisión, realizaba una práctica administrativa consistente en impedir la entrada a los nacionales de terceros Estados, familiares de nacionales comunitarios, que se encuentran incluidos en el SIS sin realizar un análisis individualizado de la situación de cada uno de ellos. Junto a ello, alegaba además, la insuficiente motivación en las resoluciones denegatorias adoptadas por las autoridades españolas.

De los hechos suscitados en el asunto y de la sentencia emitida por el TJCE se plantean las siguientes reflexiones y consideraciones.

a) En primer lugar, en el asunto que nos ocupa los extranjeros que quieran entrar en el territorio de los Estados parte en los Acuerdos de Schengen deben satisfacer determinadas condiciones previstas en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS). En concreto el artículo 5 CAAS prevé que se les puede exigir las siguientes condiciones: poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera; estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido; en su caso, presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios; estar excluido de la lista de no admisibles; y no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes. En el supuesto de no cumplir con todas estas condiciones, dado que estas son acumulativas, se le negará la entrada al extranjero, si bien por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales se puede establecer una excepción pero en tal caso la admisión sólo quedaría limitada al territorio de la parte contratante que deberá advertir de ello a las demás partes.

Conviene que mencionemos que el 15 de marzo de 2006 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron su Reglamento 562/2006 por el

que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, denominado Código de fronteras Schengen². Este acto modifica parcialmente el CAAS, y en este caso sustituye su artículo 5, aunque su contenido se reproduzca en la parte dispositiva (artículo 5) del Reglamento.

b) De los requisitos previstos conviene detenernos en el relativo al SIS. La introducción de los datos de personas en el sistema está tasada³, y los elementos que son susceptibles de incluirse son los siguientes: el nombre y apellidos, en su caso, los alias registrados por separado; los rasgos físicos particulares, que sean objetivos e inalterables; la fecha y el lugar de nacimiento; el sexo; la nacionalidad, la indicación de que las personas de que se trate estén armadas, son violentas o se han escapado; el motivo de la inscripción; la conducta que debe observarse; y el tipo de delito cuando se trate de descripciones de personas buscadas para su detención a efectos de extradición (artículo 94)⁴. Quedan expresamente prohibidas las anotaciones de los datos de carácter personal que «revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual»⁵.

² En *DOUE* L 105 de 13 de abril de 2006. El Reglamento entró en vigor el 13 de octubre de 2006 (artículo 40).

³ Los datos incluidos en el SIS se refieren a personas o a objetos. Respecto a los datos de objetos, éstos se incluyen en la base con vistas a su incautación, o como pruebas en un procedimiento penal. Las categorías que se incluyen son los objetos robados, sustraídos o extraviados siguientes: vehículos de motor de cilindradas superior a 50 c.c, las embarcaciones y las aeronaves; los remolques de un peso en vacío superior a 750 kg, las caravanas, equipos industriales, motores fuera borda y contenedores; las armas de fuego; los documentos oficiales vírgenes; los documentos de identidad expedidos (pasaportes, documentos de identidad, permisos de conducción, permisos de residencia y documentos de viaje); los certificados de matriculación de vehículos y placas de matrícula; los billetes de banco registrados; los valores mobiliarios y medios de pago, cheques, tarjetas de crédito, bonos, valores y acciones) (artículo 100).

⁴ Después de la modificación operada por el Reglamento del Consejo n.º 871/2004 de 29 de abril de 2004 relativo a la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen, inclusive en materia de lucha contra el terrorismo, en *DOUE* L 162 de 30 de abril de 2004 y por la Decisión del Consejo n.º 2005/211/JAI de 24 de febrero de 2005 relativa a la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen, inclusive en materia de lucha contra el terrorismo, en *DOUE* L 68 de 15 de marzo de 2005.

⁵ Por remisión expresa a la primera frase del artículo 6 del Convenio n.º 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1991 para la protección de las personas en lo referente al tratamiento informatizado de datos de carácter personal.

Los motivos por los que una persona puede ser incorporada al SIS también se encuentran tasados en el CAAS⁶; entre ellos tenemos a los extranjeros que estén incluidos en la lista de no admisibles (artículo 96). Para que los datos se inscriban, se requiere una decisión de las autoridades administrativas o jurisdiccionales pertinentes, conforme con la legislación nacional, y se basan en la amenaza que para el orden público y la seguridad pública puede representar la presencia del extranjero en el territorio del Estado. Esta presunción se tienen en cuenta particularmente, cuando el extranjero haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de un año como mínimo; o cuando existan razones serias para creer que se han cometido hechos delictivos graves o que piensa cometer tales hechos en el territorio de un Estado parte.

c) Los requisitos de inscripción de un extranjero en el SIS fueron definidos en una Declaración del Comité Ejecutivo de 18 de abril de 1996⁷. Según este acto, y en principio, los beneficiarios de las disposiciones del Derecho comunitario europeo no pueden ser inscritos en la lista

⁶ Las personas incluidas deben obedecer a alguna de las siguientes causas, o encontrarse en alguna de las siguientes situaciones. En primer lugar, las buscadas para su detención a efectos de extradición (artículo 95). En segundo lugar, las personas desaparecidas o a las que, en interés de su propia protección o para la prevención de amenazas, deban ser puestas a salvo provisionalmente a petición de una autoridad, administrativa o judicial, de una parte contratante. La finalidad es que las autoridades policiales comuniquen con la autoridad competente del Estado informante el lugar de residencia, o impidan que prosigan viaje, para poner a salvo a la persona, si lo autoriza la legislación nacional. Ello se aplica particularmente a los menores y las personas que deban ser internadas. Si la persona desaparecida es mayor de edad, se requerirá su consentimiento para comunicar su ubicación a la autoridad competente (artículo 97). Además también se incluyen a las personas citadas para comparecer ante las autoridades judiciales en el marco de un procedimiento penal para responder sobre hechos por los que hayan sido objeto de diligencias, o personas a las que se deba notificar una sentencia o un requerimiento a fin de que se someta a una pena privativa de libertad (artículo 98). También se pueden inscribir, a efectos de vigilancia discreta o de control específico a personas con la intención de reprimir infracciones penales y para la prevención de amenazas a la seguridad pública cuando existan indicios reales para presumir que la persona en cuestión tiene intención de cometer (o está cometiendo) hechos delictivos numerosos y extremadamente graves o se aprecia, sobre la base de hechos delictivos cometidos previamente, que seguirá cometiendo en el futuro hechos delictivos extremadamente graves (artículo 99).

⁷ Declaración del Comité Ejecutivo de 18 de abril de 1996 relativa a la definición del la noción de extranjero (SCH/Com-ex (96) decl.5) en DOCE L 239 de 22 de septiembre de 2000, p. 458.

de no admisibles. Ello no obstante, se opera ciertas excepciones cuando las condiciones en las que se hubiere realizado la inscripción se ajusten a las normas de derecho comunitario europeo. En concreto, se pueden inscribir los datos de determinadas categorías de personas: la familia de los nacionales comunitarios que sean nacionales de un tercer Estado (que son beneficiarios del derecho de entrada y residencia según las directivas comunitarias); y los nacionales de Islandia, Liechtenstein y Noruega, en tanto que partes contratantes del Espacio Económico Europeo⁸. A estos nacionales de terceros Estados se debería añadir Suiza dado que también ha firmado un acuerdo internacional que garantiza el derecho de entrada y residencia⁹. El objeto de la Declaración es precisar que los extranjeros a quienes se les aplica el derecho comunitario están sujetos a unas condiciones más estrictas, se les pueden incluir en la lista de no admisibles pero se debe justificar con mayor detalle, y sobre todo, la inscripción en la lista de no admisibles debe ser compatible con la normativa comunitaria¹⁰.

Se debe subrayar también que la adopción del Reglamento 562/2006 antes mencionado, ha variado sensiblemente esta formulación. En efecto, el requisito de la no inclusión en la lista de no admisibles sólo es aplicable a los «nacionales de terceros Estados» y en cambio no es aplicable a los «beneficiarios del derecho comunitario a la libre circulación». Entre éstos se encuentran la familia del ciudadano europeo, con independencia de la nacionalidad que tengan¹¹, y los nacionales de terceros Estados que han celebrado un acuerdo internacional con la Comunidad Europea concediéndoles un derecho a circular libremente equivalente al

⁸ En *DOCE* L 1 de 3 de enero de 1994. El Acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 1994.

⁹ Acuerdo celebrado el 21 de junio de 1999 entre la Confederación Helvética de un lado y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, de otro, sobre la libre circulación de personas, en *DOCE* L 114 de 30 de abril de 2002. Entró en vigor el 1 de junio de 2002.

¹⁰ Se debe recalcar que en caso de contradicción entre las disposiciones del CAAS y el derecho comunitario europeo prima éste último. Así, además se deduce del propio artículo 134 del CAAS que, taxativamente declara que las disposiciones del CAAS «únicamente son aplicables en la medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario»

¹¹ El Reglamento 562/2006 de 15 de marzo de 2006 se remite a los beneficiarios de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo 2004/38 de 20 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

que tienen los ciudadanos de la Unión (se trata de Liechtenstein, Islandia, Noruega y Suiza). Por consiguiente, en la actualidad, no puede inscribirse a los siguientes miembros de la familia del ciudadano europeo: el cónyuge, la pareja de hecho que ha celebrado una unión registrada de acuerdo con la legislación de un Estado miembro, en la medida en que la legislación interna del Estado receptor concede a las uniones registradas un trato equivalente al matrimonio (y en las condiciones que el Estado receptor establezca); los descendientes directos menores de 21 años, o a cargo del nacional comunitario, y los del cónyuge o su pareja de hecho; y sus ascendientes directos o de su cónyuge o pareja de hecho que estén a su cargo¹².

d) En tercer lugar, según se desprende del CAAS, el acceso a los datos integrados en el SIS y el derecho a consultarlos se reserva a las autoridades competentes para la realización y coordinación de controles fronterizos, y las demás comprobaciones de policía y aduana realizadas dentro del país. Además el acceso y la consulta de los datos relativos a los extranjeros de la lista de no admisibles pueden realizarlo las autoridades competentes para el examen de las solicitudes y expedición de visados, y las autoridades competentes para la expedición de permisos de residencia y para la administración de extranjeros. El acceso a los datos está regulado por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros. Éstos han de facilitar al Comité Ejecutivo, la lista de las autoridades competentes autorizadas para consultar los datos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (artículo 101) que, además, sólo podrán utilizarlos para las finalidades previstas en cada una de las categorías de personas inscritas.

La modificación de los datos alojados en el sistema corresponde a la parte contratante que los ha introducido. Toda medida que suponga completar, rectificar o suprimir los datos incorporados en el SIS concierne realizarla al Estado informador. Es éste además el responsable de la «exactitud, actualidad y licitud de la introducción de los datos en el SIS».

¹² Facultativamente, el Estado miembro receptor habría de facilitar, de acuerdo con su legislación nacional, la entrada y residencia de cualquier otro miembro de la familia del nacional comunitario que esté a su cargo o viva con él; o que cuando por motivos graves de salud sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia. Asimismo se debería admitir a la pareja que mantenga una relación estable (debidamente probada), con el ciudadano de la Unión (artículos 2 y 3 de la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004, vid. nota 16).

Si otro Estado detectara, o tuviera indicios, de errores de hecho o de derecho, deberá advertir de ello al primero para que, en su caso, corrija o rectifique el error (artículos 105 y 106 CAAS).

Las autoridades competentes españolas sostenían en el caso que comentamos, que la responsabilidad de tal inscripción correspondía al Estado que la había efectuado, aspecto que es indiscutible tal y como se deduce de las disposiciones del CAAS¹³.

Los datos personales del SIS están sometidos a un plazo de caducidad. En principio, sólo se conservarán durante el tiempo necesario para cumplir con los fines para los que se hubieren facilitado los datos. Ahora bien, la necesidad de conservar los datos introducidos a los efectos de la búsqueda de personas deberá ser examinada en un plazo de tres años por el Estado informante. En caso contrario, y con un preaviso de un mes, se procede automáticamente a la supresión de los datos del SIS¹⁴. A resultas del examen se puede mantener los datos personales siempre que continúe siendo necesario para la fines que motivaron su descripción (artículo 112 CAAS). El resto de los datos introducidos, tienen un plazo conservación máximo de diez años¹⁵. En todo caso, los datos suprimidos se conservan durante un año en la unidad de apoyo técnico (artículo 113 CAAS).

e) El derecho de entrada y residencia de los beneficiarios del derecho comunitario es conferido directamente por las disposiciones del Tratado CE. Para garantizar efectivamente el ejercicio de estos derechos a los nacionales comunitarios, y a sus familias, el Consejo fue adoptando progresivamente normativa comunitaria. Inicialmente, ésta se refería a la libre circulación de trabajadores y, gradualmente, se fue ampliando a otras manifestaciones del ejercicio de la libre circulación de personas. Con el

¹³ Alemania es la parte contratante «responsable de la exactitud, actualidad y licitud de los datos que ha introducido en el SIS, y el único autorizado para completarlos, rectificarlos o suprimirlos» y «los demás Estados contratantes están obligados (...) a denegar la entrada y el visado al extranjero que esté inscrito en la lista de no admisibles», apartado 36.

¹⁴ Este término se reduce a un año cuando se trata de las descripciones incluidas a los efectos de vigilancia discreta o control específico o para la represión de infracciones penales o prevención de amenazas para la seguridad pública (los Estados pueden, conforme su ordenamiento jurídico interno, fijar unos plazos de examen más cortos).

¹⁵ Este período se reduce a cinco años para los datos relativos a los documentos de identidad expedidos y los billetes de banco registrados; y a un máximo de tres años para los datos que se refieren a vehículos de motor, remolques y caravanas.

tiempo, la pluralidad de situaciones a las que se aplicaba el derecho de desplazamiento y residencia dio lugar a un conjunto de instrumentos normativos que configuraba un enfoque sectorial y fragmentario al ejercicio de tal derecho. Esta situación se simplificó con la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo 2004/38 de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁶. Este instrumento ha codificado, y revisado, las normas comunitarias que trataban separadamente las diferentes categorías de beneficiarios del derecho de desplazamiento y residencia comunitario.

En lo que a nosotros interesa, el ejercicio del derecho de entrada implica la obligación para los Estados miembros de admitir en su territorio «a todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido», sin perjuicio de la normativa que regule los documentos de viaje al cruzar los pasos fronterizos. Además, lógicamente, al ciudadano europeo no se le puede imponer ningún visado de entrada ni obligación equivalente. A los miembros de su familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro sólo se les somete a la obligación de visado de entrada en el territorio de un Estado miembro, si son nacionales de un Estado que conforme al Reglamento del Consejo 539/2001 de 15 de marzo de 2001, o la ley nacional, se le exija visado de entrada (entre estos países se encuentra Argelia)¹⁷. Los Estados miem-

¹⁶ *DOUE* L 158 de 30 de abril de 2004, con una corrección de errores publicada en L 229 de 29 de junio de 2004. El período para adoptar las medidas nacionales de transposición finalizó el 30 de abril de 2006. La Directiva modifica el Reglamento del Consejo n.º 1612/68 y deroga los siguientes actos: Directiva del Consejo 68/360 de 15 de octubre de 1968, Directiva del Consejo 64/221 de 25 de febrero de 1964; Directiva del Consejo 73/148 de 21 de mayo de 1973, Directiva del Consejo 75/34 de 17 de diciembre de 1974; Directiva del Consejo 90/364 del Consejo, de 28 de junio de 1990; la Directiva del Consejo 90/365, de 28 de junio de 1990, y la Directiva 93/96 del Consejo, de 29 de octubre de 1993.

¹⁷ Se trata del Reglamento del Consejo 539/2001 de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación (*DOCE* L 81 de 21 de marzo de 2001). Este acto se ha modificado en diversas ocasiones, la última de las cuales mediante el Reglamento del Consejo 851/2005 del Consejo de 2 de junio de 2005 (*DOUE* L 141 de 4 de junio de 2005).

bros les concederán todas las facilidades para obtener los visados que precisen, y se expedirán gratuitamente lo antes posible, mediante un procedimiento acelerado. En cualquier caso, la posesión de la tarjeta de residencia en un Estado miembro exime a los miembros de la familia de la obligación de obtener un visado.

Es más, el TJCE en este asunto, vincula el derecho a la protección de la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros con la eliminación de los obstáculos al ejercicio del derecho de desplazamiento y residencia. En concreto el Tribunal manifiesta, en su apartado 41, que, aunque se pueda exigir un visado de entrada al cónyuge de un ciudadano europeo, nacional de un Estado tercero, que se desplaza en el interior de la Comunidad, se debe ofrecer a dicha persona toda clase de facilidades para obtener el visado que necesite. Esta vinculación no es nueva sino que ya había sido objeto de una previa construcción jurisprudencial. Entre ésta se puede subrayar la Sentencia de 14 de abril de 2005, al asunto C-157/03, que también era un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra España, sobre la incorrecta aplicación de las directivas comunitarias relativas al derecho de desplazamiento y residencia¹⁸. El TJCE expresa en este asunto que, las disposiciones de las directivas comunitarias sobre desplazamiento y residencia extienden la aplicación del Derecho comunitario en este ámbito a los cónyuges de los nacionales de dichos Estados, sea cual fuere su nacionalidad¹⁹.

f) Las únicas excepciones previstas en la normativa comunitaria al ejercicio del derecho de entrada y residencia son las justificadas por razón de orden público, seguridad y salud públicas. En efecto, los ciudadanos europeos y sus familias no tienen un derecho incondicional de desplazarse y residir en otro Estado miembro, sino que pueden ver limitados el ejercicio de sus derechos por causas motivadas por razones de orden público, salud y seguridad públicas. Ahora bien, dado que se trata de excepciones al ejercicio de una libertad fundamental, el Tribunal de Justicia ha considerado que tales conceptos deben ser interpretados restrictiva-

¹⁸ Sentencia del TJCE (Segunda Sala) de 14 de abril de 2005, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, C-157/03.

¹⁹ Por ello «la expedición de un permiso de residencia a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento por parte de un Estado miembro de la situación individual de un nacional de un país tercero en relación con las disposiciones del Derecho comunitario» (apartados 27 y 28).

mente, y que no pueden ser determinados unilateralmente por los Estados miembros²⁰.

Para la coordinación de las medidas (tanto las condiciones materiales como las garantías procesales) que en cada Estado miembro regulaban esta situación, el Consejo adoptó el 25 de febrero de 1964, la Directiva 64/221 sobre la coordinación de medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y estancia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas²¹. Esta directiva, que inicialmente se dirigía a la libre circulación de trabajadores, fue sucesivamente ampliada al resto de las situaciones que configuran la libre circulación de personas, y finalmente ha sido derogada por la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo 2004/38 de 20 de abril de 2004. Se debe destacar, sintéticamente, que la Directiva 2004/38 recoge la construcción jurisprudencial elaborada por el TJCE modulando el concepto de orden público y precisando los límites en su aplicación que se preveían en la Directiva 64/221. En este sentido se incluye en la parte dispositiva (artículo 27.2), que el acreedor de una medida por razón de orden público y seguridad pública debe fundamentarse en el comportamiento personal del individuo y éste debe constituir una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental del Estado²². Entre los límites se incluye que las medidas adoptadas por razón de orden público y seguridad pública deben ajustarse al principio de proporcionalidad, deben basarse en el comportamiento personal del individuo, y que la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón suficiente para adoptar una medida de orden público. Es más, quedan prohibidas las medidas que sean adoptadas por motivos de prevención general, a los efectos de disuadir que otros extranjeros tengan un comportamiento equivalente al afectado²³. Precisamente esta situación se pro-

²⁰ Entre otras vid. Sentencia del TJCE de 19 de enero de 1999, Proceso penal contra Donatella Calfa, C-348/96, apartado 23; Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, apartado 64.

²¹ DO n.º 850 de 4 de abril de 1964.

²² Tal y como ha señalado el TJCE en una constante jurisprudencia, vid. A título ilustrativo, Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1975, Roland Rutili contra Ministre de l'Interieur, 36/75, apartado 28; Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1977, The Queen contra Pierre Bouchereau, 30/77, apartado 35; Sentencia del TJCE de 18 de mayo de 1982, Rezguia Adoui contra Bélgica y Villa de Liège y Dominique Cornuaille contra Bélgica, asunto conjunto 115 y 116/81, apartado 8.

²³ Sentencia del TJCE de 26 de febrero de 1975, Carmelo Angelo Bonsignore contra Oberstadtdirektor der Stadt Köln, 67/74, apartado 7.

duce cuando la medida se dicta automáticamente a raíz de una condena penal, sin tener en cuenta el comportamiento personal del autor de la infracción ni el peligro que supone para el orden público²⁴. En este sentido conviene mencionar que la jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de precisar que la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público²⁵. Es más, puede ocurrir que entre la fecha de la resolución de expulsión y la de su examen por el órgano jurisdiccional competente, surjan circunstancias que impliquen la desaparición o una considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el orden público, el comportamiento de la persona que haya sido objeto de una resolución de expulsión; el carácter restrictivo de la excepción implica que la existencia de una amenaza actual debe concurrir, en principio, en el momento en que se produce la expulsión²⁶.

También se debe señalar que la jurisprudencia comunitaria ha utilizado la formulación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la protección del derecho de toda persona a la vida privada y familiar incluido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Los criterios esenciales de esta jurisprudencia (que se contienen ahora en el artículo 28.2 la Directiva 2004/38) son utilizados especialmente en los supuestos que se refieren a la adopción de medidas de expulsión contra miembros de la familia del nacional de un Estado miembro que no ostentan la ciudadanía europea²⁷. Se trata en última instancia de que el Estado miembro receptor adopte una medida proporcionada con la finalidad que se persigue, que no es otro que la protección del orden público. Por ello se debe ponderar, antes de adoptar la decisión de ex-

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 10 de febrero de 2000, Nazli y otros contra Stadt Nürnberg, C-340/97, apartado 59.

²⁵ Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1977, Regina contra Pierre Bouchereau, 30/77, apartado 22.

²⁶ Sentencia del TJCE (Sala Quinta) de 29 de abril de 2004, Georgios Orfanopoulos y otros, y Raffaele Oliveri contra Land Baden-Württemberg, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, apartados 78 y 79.

²⁷ Sentencia del TJCE de 23 de septiembre de 2003, Secretary of State for the Home Department contra Hacene Akrich, C-109/01, apartado 58; Sentencia del TJCE (Sala Quinta) de 29 de abril de 2004, asuntos Orfanopoulos y otros, *cit.*, apartado 99.

pulsión, determinados parámetros, que pueden atemperarla. En particular se debe considerar, la duración de la residencia, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.

g) En definitiva, el problema en el asunto comentado se plantea porque se aprecia una incompatibilidad entre lo dispuesto en el CAAS y la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de personas. En el primero no diferencia entre extranjero, nacional de un tercer Estado, y el extranjero al que le es aplicable el derecho comunitario en virtud de la normativa comunitaria, como por ejemplo, el cónyuge de un ciudadano europeo. A esta segunda categoría le es aplicable la normativa comunitaria relativa al derecho de entrada y residencia en otro Estado miembro. La reserva de orden público o seguridad pública aplicada a las personas que se benefician del derecho comunitario europeo, como el caso en cuestión, supone reducir sensiblemente la discrecionalidad de la que gozan los Estados miembros. Esta excepción a la entrada de una persona a un Estado miembro es interpretada muy restrictivamente por la jurisprudencia del TJCE. En cambio, la inscripción de un extranjero en la lista de no admisibles según el CAAS, es mucho más flexible pues se puede inscribir a un extranjero, por ejemplo, por haber sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de un año.

Bajo la misma rúbrica se encuentran dos contenidos diferentes de la noción de orden público. El Tribunal examina pues la posible contradicción entre el precepto del CAAS y la norma comunitaria²⁸. Y en el caso concreto, España estaba incumpliendo el derecho comunitario, que no el CAAS. El derecho comunitario tienen unos límites que le obligaban a examinar, a comprobar, si la presencia de estas personas representaba efectivamente una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y esta comprobación no fue efectuada por España. La circunstancia de que otro Estado miembro hubiera inscrito a estas personas en la lista de no admisibles no es motivo suficiente para justificar que representan una amenaza. Existen meca-

²⁸ Ya que «la conformidad de una práctica administrativa con las disposiciones del CAAS sólo permite justificar el comportamiento de las autoridades nacionales competentes en la medida en que la aplicación de las disposiciones controvertidas sea compatible con las normas comunitarias que regulan la libre circulación de personas», apartado 35.

nismos, y el Tribunal cita expresamente al *Sirene*, que permiten recabar información suplementaria entre los Estados parte para completar el alcance y la actualidad de las circunstancias de la inscripción en el SIS²⁹. El Sistema establecido debe permitir responder lo más rápidamente posible a las peticiones de información formuladas por las demás partes contratantes y el plazo de respuesta no debe exceder de doce horas (punto 2.2.1 del Manual). En todo caso, el TJCE ha expresado en la sentencia comentada que el plazo de respuesta a una petición de información no puede superar lo razonable a la vista de las circunstancias del caso, las cuales pueden llevar a una apreciación diferente según se trate de una solicitud de visado o de un paso de frontera³⁰. Lógicamente la rapidez de la información complementaria deviene imperativa en el segundo supuesto para que el afectado no vea lesionado su derecho al ejercicio efectivo de la libre circulación de personas.

²⁹ El *Sirene* (Supplementary Information Request at the National Entry) se creó para complementar al SIS poniendo en disposición de las demás partes contratantes un punto de contacto único y de acceso permanente (deben funcionar 24 horas al día durante todo el año) que complementa al SIS. La red de oficinas *Sirene* se creó por tanto para informar a aquellas autoridades nacionales que tuviesen un problema en la ejecución de una inscripción. Es pues, un procedimiento mediante el cual se suministra al usuario del SIS, que haya obtenido una alerta positiva, la información complementaria necesaria para su actuación. Simultáneamente es el único punto de contacto entre las partes contratantes respecto a las relaciones vinculadas al SIS, son los operadores que actúan en nombre de sus países en los contactos internacionales. Este carácter complementario al SIS ha sido formalizado tras la reforma del CAAS, operada por el Reglamento del Consejo 871/2004 de 29 de abril y la Decisión del Consejo 2005/211/JAI, facilitando una base jurídica en el seno del CAAS. En efecto, en el nuevo artículo 92.4 CAAS se dispone que toda la información adicional que sea necesaria en relación con la anotación de descripciones (para permitir el desarrollo de acciones respecto a las personas y objetos descritos en el sistema) será intercambiada por los Estados miembros. Ello se realizará mediante *Sirene*, de conformidad con la legislación nacional de cada Estado miembro, y utilizada solamente para los fines para los que la información fue transmitida. El *Sirene* tenía un carácter confidencial, que parcialmente mantiene. Mediante la Decisión del Consejo 2003/19 de 14 de octubre de 2002, se desclasificó algunas partes del Manual *Sirene* (en *DOCE* L 8 de 14 de enero de 2003) que fueron publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 17 de febrero de 2003 (*DOCE* C 38).

³⁰ Apartado 58.