

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 10 de marzo de 2005¹

I. Introducción

1. En el presente procedimiento por incumplimiento la Comisión alega que el Reino de España ha incumplido en diversos aspectos la Directiva 64/221/CEE.² Esta Directiva concreta los requisitos exigidos a los Estados miembros para poder restringir la entrada y la residencia de extranjeros de otros Estados miembros, así como de los miembros de sus familias, por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

2. La razón del litigio es la práctica administrativa española consistente en no permitir la entrada en España a los nacionales de Estados terceros y denegarles un visado, sin proceder a una apreciación caso por caso, cuando la persona de que se trate se halle inscrita en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen (en lo sucesivo, «SIS»), de base informática. La Comisión opina que ese automatismo es incompatible con la citada Directiva en los supuestos de nacionales de Estados terceros

que sean miembros de las familias de ciudadanos de la Unión. El Reino de España alega en su defensa, en particular, que su práctica administrativa se ajusta a los objetivos del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (en lo sucesivo, «CAAS»).³ Así, el litigio suscita la cuestión de si las disposiciones pertinentes del acervo de Schengen son compatibles con el Derecho comunitario y de cómo deben resolverse los posibles conflictos.

II. Marco jurídico

A. Directiva 64/221

3. La Comisión critica el incumplimiento de los siguientes artículos de dicha Directiva:

1 — Lengua original: alemán.

2 — Directiva del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 1964, 56, p. 850; EE 05/01, p. 36).

3 — Convenio de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO 2000, L 239, p. 19). Este Convenio, también denominado Schengen II, fue firmado el 19 de junio de 1990. El Reino de España se adhirió al Acuerdo de Schengen el 25 de junio de 1991.

«Artículo 1

1. Las disposiciones de la presente Directiva se refieren a los nacionales de un Estado miembro que residan o se desplacen a otro Estado miembro de la Comunidad, bien con vistas a ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, bien en calidad de destinatarios.

2. Estas disposiciones se aplicarán igualmente al cónyuge y a los miembros de la familia que reúnan las condiciones de los reglamentos y directivas adoptadas en esta materia, de conformidad con el Tratado.

Artículo 2

1. La presente Directiva se refiere a las disposiciones relativas a la entrada en el territorio, a la concesión o renovación del permiso de residencia, o al abandono del territorio, que sean adoptadas por los Estados miembros, por razones de orden público, seguridad o de salud públicas.

2. Estas razones no podrán ser invocadas con fines económicos.

Artículo 3

1. Las medidas de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen.

2. La mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas.

[...]

Artículo 6

Las razones de orden público, seguridad o salud públicas, en que se base la decisión que le concierne, serán puestas en conocimiento del interesado, a menos que ello sea contrario a la seguridad del Estado.»

4. Esta Directiva será sustituida el 29 de abril de 2006 por la Directiva 2004/38/CE.⁴

una Declaración del Comité Ejecutivo establecido por este Convenio.

B. *Acervo de Schengen*

5. El SIS forma parte del acervo de Schengen. Constituye un banco de datos a nivel supraestatal, formado por unidades nacionales y por una unidad central de apoyo técnico en Estrasburgo. El SIS permite a las autoridades consultar información sobre personas y objetos, en especial en el marco del procedimiento de expedición de visados, en relación con controles en las fronteras exteriores, así como en el marco de comprobaciones y controles de policía y de aduanas en el territorio de los Estados parte en el Acuerdo de Schengen. El sistema fue creado para compensar la falta de seguridad resultante de la supresión de controles en las fronteras interiores. El presente procedimiento versa sobre la inscripción de extranjeros en la lista de no admisibles. Por lo tanto, las normas pertinentes son, en particular, las siguientes disposiciones del CAAS y

1. El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen

6. El artículo 1 del CAAS define el concepto de «extranjero» como toda persona que no sea nacional de un Estado miembro de las Comunidades Europeas.

7. El artículo 5 del CAAS regula la entrada de extranjeros en el Espacio Schengen para una estancia de duración determinada, y dispone, entre otros, lo siguiente:

«1. Para una estancia que no exceda de tres meses, se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes contratantes a los extranjeros que cumplan las condiciones siguientes:

[...]

d) no estar incluido en la lista de no admisibles;

[...]

4 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158, p. 77).

2. Se negará la entrada en el territorio de las Partes contratantes al extranjero que no cumpla todas estas condiciones, excepto si una Parte contratante considera necesario establecer una excepción a este principio por motivos humanitarios o de interés nacional o por obligaciones internacionales. En tal caso, la admisión quedará limitada al territorio de la Parte contratante de que se trate, la cual deberá advertir de ello a las demás Partes contratantes.»

8. Los artículos 15 y 16 del CAAS contienen, para la expedición de visados, una norma paralela a la del artículo 5. En principio, éstos sólo podrán expedirse si se cumple el requisito enunciado en el artículo 5, apartado 1, letra d), del CAAS. Sin embargo, como excepción a este principio se podrá expedir un visado por uno de los motivos enumerados en el artículo 5, apartado 2, aun cuando exista inscripción en la lista de no admisibles. La validez de dicho visado se limitará al territorio del Estado miembro que lo haya expedido.

9. El artículo 96 del CAAS regula la lista del SIS pertinente en el presente caso, la de no admisibles:

«1. Los datos relativos a los extranjeros que estén incluidos en la lista de no admisibles se introducirán sobre la base de una descripción nacional resultante de decisiones adoptadas, observando las normas de

procedimiento previstas por la legislación nacional, por las autoridades administrativas o por los órganos jurisdiccionales competentes.

2. Las decisiones podrán basarse en la amenaza para el orden público o la seguridad nacional que pueda constituir la presencia de un extranjero en el territorio nacional.

Éste podrá ser particularmente el caso:

- a) de un extranjero que haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de un año como mínimo;
- b) de un extranjero sobre el cual existan razones serias para creer que ha cometido hechos delictivos graves, incluidos los contemplados en el artículo 71, o sobre el cual existan indicios reales de que piensa cometer tales hechos en el territorio de una Parte contratante.

3. Las decisiones podrán basarse asimismo en el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido

revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros.»

Ejecutivo, de 18 de abril de 1996, relativa a la definición de la noción de extranjero:⁵

«Por lo que respecta a la aplicación del artículo 96 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen,

10. El artículo 94, apartado 3, del CAAS define con carácter exhaustivo qué datos se almacenarán en el SIS. Con arreglo a él, no se anotarán los motivos de la inscripción en la lista de no admisibles.

En principio, los beneficiarios del Derecho comunitario no podrán ser inscritos en la lista común de personas no admisibles.

11. Según el artículo 134 del CAAS, las disposiciones de este Convenio únicamente serán aplicables en la medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario. En cuanto a la relación entre el CAAS y los Convenios de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, el artículo 142 del CAAS prevé que se sustituirá o se modificará el CAAS de existir contradicciones entre ellos.

No obstante, las personas relacionadas a continuación, beneficiarias del Derecho comunitario, podrán ser inscritas en la lista común siempre y cuando las condiciones en que se haya realizado la inscripción se ajusten a las normas del Derecho comunitario:

a) los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea que posean la nacionalidad de un tercer Estado y que, en virtud de un acto adoptado en aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se beneficien del derecho de entrada y de residencia en un Estado miembro;

2. Declaración relativa a la definición de «extranjero»

b) [...]

12. Los requisitos de inscripción de un extranjero en el SIS fueron definidos con más detalle en la Declaración del Comité

5 — SCH/Com-ex (96) decl. 5 (DO 2000, L 239, p. 458; en lo sucesivo, también, «Declaración del Comité Ejecutivo»).

En caso de que se compruebe que una persona inscrita en la lista común de personas no admisibles es beneficiaria del Derecho comunitario, su inscripción sólo podrá mantenerse si es compatible con el Derecho comunitario. De no ser así, el Estado miembro que haya realizado la inscripción tomará cuantas disposiciones sean necesarias para suprimir la inscripción de la persona afectada.»

integración europea y hacer posible, en particular, que la Unión Europea se convierta con más rapidez en un espacio de libertad, seguridad y justicia,

[...]

C. Protocolo de Schengen

CONFIRMANDO que lo dispuesto en el acervo de Schengen sólo puede aplicarse en la medida en que sea compatible con el derecho de la Comunidad y de la Unión,

13. El acervo resultante de la cooperación internacional de los Estados parte en el Acuerdo de Schengen fue integrado en la Unión Europea con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999. Al mismo tiempo, se autorizó a los Estados parte en el Acuerdo de Schengen a establecer una cooperación reforzada. El Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea,⁶ celebrado con aquel propósito, prevé en su preámbulo, en particular, lo siguiente:

[...]»

14. Con arreglo al artículo 1, segunda frase, del Protocolo de Schengen, la cooperación reforzada se llevará a cabo en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea y respetando las disposiciones pertinentes del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

«TOMANDO NOTA de que los acuerdos [...] firmados en Schengen por determinados Estados miembros de la Unión Europea el 14 de junio de 1985 y el 19 de junio de 1990 [...] tienen como finalidad potenciar la

15. Según el artículo 2, apartado 1, párrafo segundo, segunda frase, del Protocolo de Schengen, el Consejo determinará, por unanimidad y conforme a las disposiciones pertinentes de los Tratados, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyan el acervo de Schengen.

6 — DO 1997, C 340, p. 93. En lo sucesivo, «Protocolo de Schengen».

D. *Decisión 1999/436/CE*

de dos argelinos, los Sres. Farid y Bouchair, que expusieron los siguientes hechos:

16. El Consejo cumplió con creces ese objetivo del Protocolo de Schengen al adoptar la Decisión 1999/436/CE.⁷ Mediante ella se subordinó el artículo 5 del CAAS [a excepción del apartado 1, letra e)] al artículo 62 CE, apartado 2, letra a). El artículo 62 CE, apartado 2, letra b), fue señalado como base jurídica para los artículos 15 y 16 del CAAS.

17. En cambio, el Consejo no llegó a ningún acuerdo sobre la base jurídica de las disposiciones sobre el SIS (es decir, entre otros, el artículo 96 del CAAS), de los artículos 134 y 142 del CAAS, así como de la Declaración del Comité Ejecutivo. Por lo tanto, mientras no se adopte otra decisión, estas disposiciones siguen en vigor como actos basados en el título VI UE, con arreglo al artículo 2, apartado 1, párrafo cuarto, del Protocolo de Schengen.

III. Hechos y procedimiento administrativo previo

18. La Comisión inició el procedimiento administrativo previo a raíz de las denuncias

19. El Sr. Farid está casado con una española y vive con su familia en Dublín. A su llegada al aeropuerto de Barcelona, el 5 de febrero de 1999, en un vuelo procedente de Argelia, se le denegó la entrada en el territorio del Reino de España. Esta decisión fue motivada en que el Sr. Farid había sido inscrito por la República Federal de Alemania en la lista de no admisibles. Por los mismos motivos se le denegó, mediante escrito de 17 de diciembre de 1999, el visado solicitado el 17 de septiembre de 1999 en la embajada española de Dublín.

20. También el Sr. Bouchair está casado con una española. Vive con ella en Londres. Con vistas a un viaje de vacaciones con su esposa, el Sr. Bouchair solicitó en la embajada española un visado de entrada en el territorio español. El 9 de mayo de 2000 le fue denegada la solicitud. Lo mismo sucedió con una segunda solicitud. En cada caso, las decisiones fueron motivadas en que el Sr. Bouchair no reunía los requisitos del artículo 5, apartado 1, del CAAS. En el marco del procedimiento administrativo previo se reveló que no se le había expedido el visado porque también este solicitante estaba inscrito en la lista de no admisibles.

⁷ — Decisión de 20 de mayo de 1999, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen (DO L 176, p. 17).

21. Según lo expuesto por las partes, las inscripciones en la lista de no admisibles se debían, en ambos casos, a condenas penales. El Sr. Farid fue condenado en 1994 por un tribunal alemán a una multa, por haber conducido un camión sin permiso de conducir. En cambio, el Sr. Bouchair fue condenado 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 Alemania.

22. La Comisión exigió al Reino de España, mediante escrito de requerimiento de 23 de abril de 2001, que se pronunciase sobre las denuncias. El Gobierno español confirmó a continuación los hechos expuestos. Sin embargo, negó que la práctica administrativa imputada infringiese la Directiva 64/221. La Comisión precisó su postura en el dictamen motivado de 26 de junio de 2002. El Gobierno español mantuvo su tesis jurídica, haciendo caso omiso de dicho dictamen.

23. En consecuencia, la Comisión interpuso el 27 de noviembre de 2003 un recurso con arreglo al artículo 226 CE, apartado 2.

IV. Pretensiones

24. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Declare que el Reino de España, al denegar el visado, así como la entrada

en el territorio español a dos personas, ambas nacionales de terceros países, miembros de una familia de ciudadanos de la Unión Europea, por el mero hecho de estar incluidos en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen (a instancia de un Estado miembro), así como al no haber motivado suficientemente las denegaciones de visado y entrada, ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 1, 2, 3 y 6 de la Directiva 64/221/CEE, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

- Condene en costas al Reino de España.

25. El Reino de España solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso.
- Condene en costas a la parte demandante.

V. Fundamentos de Derecho

26. La Comisión se apoya en dos motivos. En primer lugar, imputa a España el hecho de

que su práctica administrativa no respeta los requisitos materiales de Derecho comunitario, en especial de la Directiva 64/221, que se exigen para poder restringir la libre circulación de un extranjero por motivos de seguridad y orden públicos. Alega, además, que las resoluciones denegatorias de las autoridades españolas no están suficientemente motivadas en ninguno de los casos.

27. El Gobierno español alega en su defensa que la práctica de los órganos españoles se ajusta a lo dispuesto en el CAAS. Aduce que es *exclusivamente* al Estado que efectúa la inscripción en la lista de no admisibles (en lo sucesivo, también, «Estado informante») a quien se puede imputar el hecho de que un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión haya sido inscrito en la lista de no admisibles y, por tanto, se le haya denegado la entrada y el visado, a pesar de no cumplirse los requisitos de la Directiva 64/221.

28. En este contexto procede aclarar primero que el presente procedimiento por incumplimiento no trata de la inscripción de los denunciantes, Sres. Farid y Bouchair, en la lista de no admisibles. Con arreglo al artículo 105 del CAAS, el único responsable de dicha inscripción es el Estado que la hizo, en el presente caso, Alemania.

29. El objeto del procedimiento por incumplimiento no es la inscripción en el SIS, sino la cuestión subsiguiente sobre sus efectos. En

otras palabras: ¿es compatible con la Directiva 64/221 que un Estado miembro deniegue a un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión la entrada o el visado sin más examen y por el solo motivo de que otro Estado miembro haya inscrito al solicitante en la lista de no admisibles?

30. En este sentido no se discute que los órganos españoles actuaran de acuerdo con lo dispuesto en el CAAS. Los artículos 5 y 15 del CAAS no diferencian entre que los extranjeros a los que se deniegue la entrada o el visado sean personas beneficiarias del Derecho comunitario o cualesquiera otros extranjeros. Si se considera únicamente el tenor de *estas* disposiciones, habría que denegar la entrada y el visado cuando existiese una inscripción en el SIS. Las imputaciones de la Comisión sólo pueden tener fundamento si lo dispuesto en el CAAS no prevalece sobre lo exigido en la Directiva 64/221.

A. Relación entre el CAAS y la Directiva 64/221

31. El Gobierno español destaca repetidamente que las disposiciones pertinentes del CAAS forman parte del Derecho comunitario a raíz de la integración del acervo de Schengen por el Tratado de Amsterdam. Por

lo tanto, dicho Gobierno se basa claramente en que una práctica administrativa acorde con el CAAS no puede vulnerar el Derecho comunitario. Esta tesis sería acertada, en especial, si las disposiciones del CAAS relativas a la denegación de entrada prevaleciesen sobre la Directiva 64/221.

32. Por lo que respecta al período anterior a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y del Protocolo de Schengen, del artículo 134 del CAAS ya se desprende, sin embargo, que las disposiciones del CAAS sólo son aplicables en la medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario.⁸ En consecuencia, debe examinarse con arreglo a la Directiva 64/221 la denegación de entrada opuesta al Sr. Farid el 5 de febrero de 1999, es decir, con anterioridad a la integración del acervo de Schengen.

33. Nada ha cambiado desde la integración del acervo de Schengen. El Protocolo de Schengen confirma la regla del artículo 134 del CAAS. El artículo 1, frase primera, del Protocolo de Schengen autoriza a los Estados parte en el Acuerdo de Schengen a establecer entre sí una cooperación reforzada en el marco del acervo de Schengen. Con arreglo a

la segunda frase, dicha cooperación se llevará a cabo en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea y respetando las disposiciones pertinentes del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. El tercer considerando del preámbulo del Protocolo deja claro, por último, que lo dispuesto en el acervo de Schengen sólo puede aplicarse en la medida en que sea compatible con el Derecho de la Comunidad y de la Unión. Ello se ajusta a las disposiciones generales sobre la cooperación reforzada que, según el artículo 43 UE, letra c), no puede afectar al acervo comunitario.

34. En consecuencia, de acuerdo con el propio CAAS y con el Protocolo de Schengen, no puede haber conflicto entre el CAAS y la Directiva 64/221. Por lo tanto, España no puede invocar el CAAS para justificar su práctica administrativa.

B. Sobre la Directiva 64/221

35. Así pues, se ha de examinar si el proceder de las autoridades españolas es compatible con la Directiva 64/221. Al respecto, se ha de examinar primero la imputación relativa a la denegación de entrada y de visado y, a continuación, la imputación relativa a la insuficiente motivación de las decisiones.

8 — El artículo 134 del CAAS garantiza que se respetasen las sentencias de 10 de noviembre de 1992, *Exportur* (C-3/91, Rec. p. I-5529), apartado 8 y de 20 de mayo de 2003, *Ravil* (C-469/00, Rec. p. I-5053), apartado 37, relativas a la primacía del Derecho comunitario sobre los convenios celebrados entre los Estados miembros. Un caso de su aplicación trató sobre la Directiva 91/477/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1991, sobre el control de la adquisición y tenencia de armas (DO L 256, p. 51), que prevaleció (anexo A, nota 2 de la Decisión 1999/436, antes citada en la nota 7) sobre el capítulo 7 («Armas de fuego y municiones») del título III («Policía y seguridad») del CAAS. Además del artículo 134 del CAAS, el artículo 142 del CAAS prevé la primacía de los Convenios entre los Estados miembros con vistas a la realización de un espacio sin fronteras interiores.

1. Sobre la imputación relativa a la denegación de entrada y de visado

36. La Comisión alega que sólo se podía restringir la libre circulación de los Sres. Farid y Bouchair por razones de seguridad pública con arreglo a la Directiva 64/221. Las autoridades españolas no respetaron lo exigido por dicha Directiva y, en consecuencia, vulneraron el Derecho comunitario al haber denegado la expedición de visados y la entrada en su territorio.

37. La situación jurídica de los extranjeros que sean miembros de las familias de ciudadanos de la Unión y que residan legalmente en un Estado miembro⁹ se acerca bastante, en relación con la libre circulación, a la situación de cualquier ciudadano de la Unión. El legislador comunitario ha reconocido la importancia de proteger la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. En consecuencia, ha extendido, en los reglamentos y directivas relativos a la libre circulación, la aplicación del Derecho comunitario en materia de entrada y residencia en el territorio de los Estados miembros a los cónyuges de nacionales de los Estados miembros a los que dichas disposiciones

sean de aplicación.¹⁰ Con arreglo a ello, las partes no cuestionan que los miembros de las familias de ciudadanos de la Unión tienen fundamentalmente un derecho de origen comunitario a poder entrar en el territorio de los Estados miembros o a obtener un visado de entrada.

38. Sin embargo, en el estado actual del Derecho comunitario, los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias no tienen un derecho incondicional a circular ni a residir en el territorio de otro Estado miembro.¹¹ El Derecho comunitario y, en particular, el artículo 2 de la Directiva 64/221 les permiten adoptar, con respecto a los nacionales de otros Estados miembros, por razones de seguridad y orden públicos, medidas que no podrían aplicar a sus propios nacionales. Así, por ejemplo, los Estados miembros pueden ordenar el alejamiento de su territorio, bajo estrictas condiciones, a extranjeros comunitarios pero no a sus propios nacionales.¹²

9 — Sentencia de 23 de septiembre de 2003, Akrich (C-109/01, Rec. p. I-9607), apartados 49 y ss.

10 — Sentencia de 25 de julio de 2002, MRAX (C-459/99, Rec. p. I-6591), apartados 53 y 54, que remite al artículo 10 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77), a los artículos 1 y 4 de la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 13; EE 05/01, p. 88), así como a los artículos 1, letra c), y 4 de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DO L 172, p. 14; EE 06/01, p. 132). Véase también la Directiva 2004/38, antes citada en la nota 4.

11 — Sentencia de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri (asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257), apartado 47.

12 — Sentencias de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, Rec. p. 1337), apartado 22; de 18 de mayo de 1982, Adoui y Cornuaille (asuntos acumulados 115/81 y 116/81, Rec. p. 1665), apartado 7; de 17 de junio de 1997, Shingara y Radiom (asuntos acumulados C-65/95 y C-111/95, Rec. p. I-3343), apartado 28; de 19 de enero de 1999, Calfa (C-348/96, Rec. p. I-11), apartado 20, y de 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, Rec. p. I-10981), apartado 40.

39. Por su parte, el Gobierno español opina que la denegación de entrada y de visado está justificada por razones de seguridad y de orden públicos cuando el extranjero de que se trate esté inscrito en la lista de no admisibles del SIS.

40. Sin embargo, a esta tesis se ha de oponer que la Directiva 64/221 establece límites estrictos a la posibilidad de invocar razones de seguridad y de orden públicos. Según el artículo 3, apartado 1, las medidas de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen. Con arreglo a su apartado 2, tampoco la mera existencia de condenas penales constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas. De este modo, no basta con que la alteración del orden público consista únicamente en una «simple infracción de la ley»¹³ o en una condena penal anterior.¹⁴

41. El Tribunal de Justicia ha destacado, por ello, que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de libre circulación, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los

Estados miembros unilateralmente.¹⁵ Las medidas de orden y de seguridad públicos sólo pueden justificar, por consiguiente, las restricciones a la libre circulación cuando exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.¹⁶ Los Estados miembros únicamente pueden denegar la entrada o la residencia a las personas cuya presencia por sí sola constituya una amenaza para el orden público, para la seguridad o para la salud públicas.¹⁷

42. La aplicación restrictiva de esta excepción también se debe, en particular, a la protección de la vida familiar¹⁸ de los nacionales de los Estados miembros. Es importante garantizarla para, por un lado, eliminar los obstáculos al ejercicio de las

13 — Sentencias de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau* (30/77, Rec. p. 1999), apartado 35; *Calfa*, antes citada en la nota 12, apartado 25, y *Orfanopoulos y Oliveri*, antes citada en la nota 11, apartado 66.

14 — Sentencias *Bouchereau*, antes citada en la nota 13, apartado 28, *Calfa*, antes citada en la nota 12, apartado 24, y *Orfanopoulos y Oliveri*, antes citada en la nota 11, apartado 67.

15 — Sentencias *Van Duyn*, antes citada en la nota 12, apartado 18; *Calfa*, antes citada en la nota 12, apartado 23; *Bouchereau*, antes citada en la nota 13, apartado 33, y *Orfanopoulos y Oliveri*, antes citada en la nota 11, apartado 64. Véanse también las sentencias de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore* (67/74, Rec. p. 297), apartado 6; de 28 de octubre de 1975, *Rutili* (36/75, Rec. p. 1219), apartados 26 y 27, y de 14 de marzo de 2000, *Eglise de scientologie* (C-54/99, Rec. p. I-1335), apartado 17. En cambio, el principio de libre circulación debe ser interpretado de manera amplia; véanse, por ejemplo, en relación con la libre circulación de trabajadores, las sentencias de 3 de julio de 1986, *Kempf* (139/85, Rec. p. 1741), apartado 13; de 26 de febrero de 1991, *Antonissen* (C-292/89, Rec. p. I-745), apartado 11, y de 20 de febrero de 1997, *Comisión/Bélgica* (C-344/95, Rec. p. I-1035), apartado 14.

16 — Sentencias *Rutili*, antes citada en la nota 15, apartado 28, *Bouchereau*, antes citada en la nota 13, apartado 35, *Adoui y Cornuaille*, antes citada en la nota 12, apartado 8, *Calfa*, antes citada en la nota 12, apartado 21, y *Eglise de scientologie*, antes citada en la nota 15, apartado 17. Véanse también las sentencias de 5 de febrero de 1991, *Roux* (C-363/89, Rec. p. I-273), apartado 30, y de 9 de marzo de 2000, *Comisión/Bélgica* (C-355/98, Rec. p. I-1221), apartado 28.

17 — Sentencia *Comisión/Bélgica*, antes citada en la nota 16, apartado 29. Véanse también las sentencias de 7 de mayo de 1986, *Gül* (131/85, Rec. p. 1573), apartado 17, y de 29 de octubre de 1998, *Comisión/España* (C-114/97, Rec. p. I-6717), apartado 42.

18 — En el mismo sentido, las consideraciones del Abogado General Geelhoed en sus conclusiones de 27 de febrero de 2003 en el asunto *Akrich* (sentencia de 23 de septiembre de 2003, C-109/01, Rec. p. I-9607), puntos 106 y 107.

libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.¹⁹ Por otro lado, puede constituir una injerencia en el ejercicio del derecho de cualquier ciudadano de la Unión al respeto de su vida familiar,²⁰ el hecho de denegar a un pariente próximo la entrada o la residencia en un Estado miembro en el que vive el ciudadano de la Unión (por ejemplo, el cónyuge que haya ejercido su derecho a la libre circulación).²¹

43. En este contexto, resulta manifiesto que una inscripción en el SIS no puede tener en ningún caso suficiente efecto indiciario de la existencia de una «amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad», si la inscripción se basa *únicamente* en el artículo 96 del CAAS. Esto se debe a que la inscripción no exige, en principio, que se reúnan los requisitos —estrictos— que el Derecho comunitario impone para adoptar medidas que restrinjan, por razones de seguridad y orden públicos, la libre circulación. Así, con arreglo al artículo 96, apartado 2, letra a), del CAAS, se puede inscribir a un extranjero en la lista de no admisibles cuando haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de un año como mínimo. En cambio, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 64/221 destaca que una medida de restricción de la libre circulación

precisamente no puede basarse únicamente en la existencia de una condena penal. Además, también se prevé la inscripción en la lista de no admisibles, en virtud del artículo 96, apartado 3, del CAAS, en el supuesto de que se hayan adoptado determinadas medidas de extranjería contra el extranjero, independientemente de que la presencia de éste en el territorio de un Estado parte en el Acuerdo de Schengen constituya una amenaza para la seguridad y el orden públicos.²²

44. El Gobierno español responde frente a lo anterior, que un Estado miembro sólo puede inscribir en la lista de no admisibles a un extranjero beneficiario del Derecho comunitario, cuando se cumplen los requisitos correspondientes de acuerdo con la Directiva 64/221. Por lo tanto, las autoridades no están obligadas a examinar *de nuevo* el cumplimiento de los requisitos de la Directiva, cuando pretendan denegar la entrada o el visado a un extranjero inscrito en el SIS.

45. Esta tesis se basa en la acertada idea de que la inscripción en la lista de no admisibles de un extranjero beneficiario del Derecho comunitario vulneraría de por sí el Derecho comunitario, si no se cumplieren los requisitos de la Directiva 64/221 en el momento de la inscripción. De modo coherente con lo anterior, la Declaración del Comité Ejecutivo

19 — Sentencias de 7 de julio de 1992, Singh (C-370/90, Rec. p. I-4265), apartados 19 y 20; MRAX, antes citada en la nota 10, apartado 53, y de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279), apartado 38.

20 — Este derecho fundamental, que se garantiza en el artículo 8, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se halla protegido en el orden jurídico comunitario con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, confirmada a través de la Exposición de motivos del Acta Única Europea y del artículo 6 UE, apartado 2.

21 — Véanse las sentencias Carpenter, antes citada en la nota 19, apartados 41 y 42, y Akrich, antes citada en la nota 9, apartados 58 y 59.

22 — Véase, asimismo, el artículo 96, apartado 2, primera frase, del CAAS, según el cual las decisiones sobre la inscripción en la lista podrán basarse en la amenaza para la seguridad o el orden públicos.

destaca que esos extranjeros sólo pueden ser inscritos en la lista de no admisibles cuando concurren los mencionados requisitos. A primera vista se podría presumir por tanto, como hace el Gobierno español, que los extranjeros que sean miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, sólo pueden ser inscritos en el SIS cuando su presencia en el Espacio Schengen provoque una amenaza real, actual y grave, que afecte a un interés fundamental de la sociedad y, de ese modo, justifique una denegación de entrada con arreglo a la Directiva 64/221.²³ Al aceptar esa apreciación del Estado informante, el Estado que la aplica actúa de conformidad con el principio de cooperación leal,²⁴ tal como se aplica en el ámbito de las libertades fundamentales mediante el reconocimiento mutuo.²⁵

46. El estatuto jurídico de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, tal como se desprende en especial de la Directiva 64/221, prohíbe, sin embargo, aplicar el reconocimiento mutuo que impulsa las libertades en el ámbito de las libertades fundamentales, de un modo que las restrinja para denegar a aquél la entrada en el territorio sin que las autoridades examinen por sí mismas los requisitos de

una medida de seguridad y orden públicos con arreglo a la Directiva 64/221.²⁶

47. Lo anterior es evidente cuando la inscripción en el SIS sea ilícita. En tal caso, la aplicación de la inscripción perpetuaría la vulneración previa del Derecho comunitario cometida por el Estado informante y, al mismo tiempo, daría lugar a nuevas infracciones jurídicas.

48. Además, los presentes casos muestran que incluso una inscripción posiblemente lícita en su origen en la lista de no admisibles, no es obligatoriamente un indicio suficiente de la existencia de una amenaza para la seguridad y el orden públicos. Resulta innecesario a este respecto examinar si las razones para inscribir en la lista de no admisibles a los Sres. Bouchair –conducir sin permiso– y Farid –una solicitud de asilo fraudulenta– hubiesen podido justificar la denegación de entrada en el momento de la inscripción, si en ese momento hubiesen sido beneficiarios del Derecho comunitario. En cualquier caso, no se puede decir que esos delitos constituyeran, en el momento de la denegación de entrada en España, en un caso, y en el de la denegación de la solicitud de visado, en el otro, una circunstancia suficiente para suponer que la mera presencia de ambas personas en el Espacio Schengen constituía una amenaza real, *actual* y grave que afectara a un interés fundamental de la sociedad.

23 — Véase la sentencia MRAX, antes citada en la nota 10, apartado 61, que exige circunstancias que permitan demostrar la existencia de una amenaza para la seguridad y el orden públicos.

24 — Véanse mis conclusiones de 19 de febrero de 2004, Tsapalos y Diamantakis (sentencia de 1 de julio de 2004, asuntos acumulados C-361/02 y C-362/02, Rec. p. I-6405), punto 18.

25 — Véanse las sentencias de 12 de marzo de 1987, Comisión/Alemania, «Ley de pureza de la cerveza», (178/84, Rec. p. 1227), apartados 40 y ss., y de 7 de mayo de 1991, Vlassopoulou (C-340/89, Rec. p. I-2357), apartado 16.

26 — La situación es distinta cuando se trata de la ejecución de determinados actos administrativos, para los que el Derecho comunitario derivado prevea expresamente su reconocimiento por otros Estados miembros. Véase, a este respecto, la sentencia Tsapalos y Diamantakis, citada en la nota 24.

49. Tampoco se puede considerar que estos casos concretos sean excepcionales, sino que constituyen un ejemplo de las deficiencias estructurales en la gestión de los datos del SIS, en la medida en que afectan a miembros de las familias de ciudadanos de la Unión. Para garantizar que la inscripción de miembros de las familias de ciudadanos de la Unión respondiese siempre a las exigencias de la Directiva 64/221 en cuanto a las razones de seguridad y orden públicos, el Estado informante tendría que comprobar continuamente si la inscripción sigue siendo legítima. Según el artículo 112, apartado 1, párrafo segundo, del CAAS, el Estado informante está obligado a examinar, sin embargo, la necesidad de conservar los datos, tres años después de su introducción.

50. Incluso en el caso de que el Estado informante se esforzase, al menos por lo que se refiere a los extranjeros beneficiarios del Derecho comunitario, en comprobar continuamente la inscripción, no estaría en situación de hacerlo regularmente en la práctica. La persona inscrita ya no se encontrará en el territorio del Estado informante, precisamente a causa de dicha inscripción, ni en el territorio de otro Estado parte en el Acuerdo de Schengen. Por lo tanto, resulta improbable que el Estado informante llegue a tener conocimiento de que el extranjero se ha convertido posteriormente —por ejemplo, gracias a un matrimonio— en un beneficiario del Derecho comunitario o que las razones originales de seguridad y orden públicos han desaparecido.

51. Estas consideraciones ilustran al menos el caso del Sr. Bouchair, que mediante el

matrimonio, posterior a la inscripción, con una ciudadana de la Unión entró en el ámbito de protección del Derecho comunitario.²⁷ Ahora bien, dado que vive fuera del Espacio Schengen —en Gran Bretaña—, los Estados parte en el Acuerdo de Schengen sólo tuvieron conocimiento por primera vez del cambio en su estatuto jurídico cuando intentó viajar a España. En la práctica, no se comprobó ni constató *en ningún momento* si concurrían los requisitos de la Directiva 64/221.

52. Así pues, no se puede considerar que la inscripción en el SIS constituya indicio suficiente de que concurren los requisitos materiales que el Derecho comunitario impone a los Estados miembros para adoptar medidas que restrinjan la libre circulación, por razones de seguridad y orden públicos.

53. Con independencia de la actualidad y certeza de los datos del SIS, el Gobierno español desconoce asimismo que no se puede delegar en otro Estado miembro —informante— la decisión sobre una medida de seguridad y orden públicos con arreglo a la Directiva 64/221. En efecto, los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias tienen derecho, en virtud de la Directiva 64/221, a que la autoridad que decide sobre

²⁷ — De los autos no se desprende si también el Sr. Farid se casó con una ciudadana de la Unión después de ser inscrito en la lista de no admisibles.

la entrada o el visado *juzgue* por sí misma en el asunto si es lícita la restricción de la libre circulación por razones de seguridad y de orden públicos.²⁸ Frente a ello, una denegación *automática* –por ejemplo, cuando exista una condena penal– sería incompatible con la Directiva 64/221.²⁹

54. Lo que antecede ya es consecuencia de que la libre circulación sólo pueda ser restringida por razones de seguridad y orden públicos cuando la amenaza real y grave para el interés fundamental de la sociedad también sea *actual*. Es decir, debe existir en el momento en que se ejecuta la medida correspondiente.³⁰ La necesidad de una nueva decisión es manifiesta cuando –como en el presente asunto– transcurren *varios años* entre la inscripción de una persona por la autoridad competente de un Estado miembro y, por ejemplo, su devolución en un control fronterizo de otro Estado miembro.

55. Por otra parte, la relación norma/excepción entre la libre circulación y las medidas

de seguridad y de orden públicos prohíbe que se tomen decisiones automáticas, es decir, sin examen previo. No constituye una condición previa para adquirir el derecho de entrada y de residencia que la excepción de orden público no se aplique. Ésta consiste más bien en una posibilidad de restringir el ejercicio de un derecho directamente derivado del Tratado, en cada caso y con una justificación adecuada.³¹ Así pues, el miembro de la familia de un ciudadano de la Unión tiene en principio un derecho de entrada y de residencia en el territorio del Estado miembro, derecho que sólo puede ser restringido excepcionalmente por razones de seguridad y de orden públicos. El Tribunal de Justicia ha circunscrito claramente el alcance de la situación jurídica del ciudadano de la Unión y de los miembros de su familia, al declarar que la Directiva 64/221 permite la restricción de la libre circulación sólo en los *casos extremos* en ella previstos.³² En tales supuestos, la carga de la prueba recae sobre el Estado miembro *que toma la decisión*.

56. Sin embargo, la inscripción en el SIS no permite examinar de hecho si concurren razones de seguridad y de orden públicos que permitan restringir la libre circulación. Según el artículo 94 del CAAS, únicamente se indica en el SIS que ha de denegarse la entrada a la persona de que se trate, pero no se menciona el motivo de la inscripción.

28 — Sentencia Bouchereau, antes citada en la nota 13, apartado 30. Véanse también la apreciación del Tribunal de Justicia en la sentencia Orfanopoulos, antes citada en la nota 11, apartado 77, según la cual las autoridades nacionales competentes deben determinar en cada caso si las circunstancias que dieron lugar a la condena penal ponen de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público.

29 — Sentencias Calfa, antes citada en la nota 12, apartado 27, y Orfanopoulos y Oliveri, antes citada en la nota 11, apartado 68. Véase también la sentencia de 10 de febrero de 2000, Nazli (C-340/97, Rec. p. I-957), apartado 59.

30 — Sentencia Orfanopoulos y Oliveri, antes citada en la nota 11, apartados 78 y 79.

31 — Sentencias de 8 de abril de 1976, Royer (48/75, Rec. p. 497), apartado 29, y de 3 de julio de 1980, Regina/Pieck (157/79, Rec. p. 2171), apartado 9.

32 — Sentencia Orfanopoulos y Oliveri, antes citada en la nota 11, apartado 81.

57. Por consiguiente, la aceptación automática de una inscripción en el SIS —es decir, delegar la decisión en las autoridades informantes— contradice, *a fortiori*, lo exigido por la Directiva 64/221 para las medidas de seguridad y de orden públicos.

58. Por otra parte, desde la perspectiva de los Estados partes del Acuerdo de Schengen tampoco serían el espíritu y la finalidad de la Declaración del Comité Ejecutivo que, en lo sucesivo, *sólo y únicamente* el Estado informante examinase si la denegación de entrada o de visado fuese compatible con la Directiva 64/221. Ante la primacía del Derecho comunitario sobre el acervo de Schengen, dicha Declaración debería evitar posibles violaciones de Derecho. Así pues, deberían *reforzarse* los derechos de los miembros de las familias de ciudadanos de la Unión. En cambio, no se debe, por ello, instrumentalizar la Declaración para liberar a las autoridades que decidan restringir la libre circulación, de la obligación de llevar a cabo un examen por sí mismas, que les impone el Derecho comunitario. Lo contrario conduciría a que la Declaración debilitase, en contra del objetivo que persigue, la situación jurídica en Derecho comunitario de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión.

59. En este punto no debe ignorarse que el SIS representa la medida fundamental de compensación de la supresión de los controles a las personas en las fronteras interiores del Espacio Schengen. La cooperación de Schengen sirve para alcanzar un objetivo de la Comunidad Europea. A este efecto, son indispensables medidas como el SIS. Ahora bien, no están justificados los

temores del Gobierno español de que la postura de la Comisión en el presente procedimiento vaya a conducir a un entumecimiento del SIS y, con ello, a una *amenaza de la cooperación de Schengen*. El objeto de este procedimiento no es examinar la compatibilidad del modo de funcionamiento del SIS en su conjunto con el Derecho comunitario, sino controlar la adecuación a las exigencias de éste sólo en lo relativo al trato reservado a *determinados* extranjeros —los miembros de las familias de ciudadanos de la Unión.

60. Ni siquiera en relación con estas personas pierde el SIS su eficacia práctica si se respeta la Directiva 64/221, sino que puede favorecer la protección de la seguridad y del orden públicos. En efecto, la Directiva 64/221 no prohíbe que se acepte la inscripción en el SIS con ocasión de indagaciones que tengan que ver con posibles amenazas de la seguridad y del orden públicos. En el marco de dichas indagaciones, el Estado que lo consulta puede solicitar —como expone la Comisión— por medio de la red SIRENE³³ los datos del Estado informante relativos a la persona de que se trate. No obstante, según el Gobierno español, la utilización de SIRENE puede durar «días e incluso semanas

33 — Véanse los apartados 3.1.6, 4.6.1 y 4.6.2, del Manual SIRENE (DO 2003, C 38, p. 1). SIRENE es un complemento nacional del SIS (Supplementary Information Request at the National Entry), que puede ser consultado antes de una inscripción en el SIS, pero también con el objeto de buscar información adicional sobre los demás Estados contratantes del Acuerdo Schengen.

o meses». Pues bien, es tarea de los Estados miembros organizar la cooperación en dicha red de tal modo que se comunique la información dentro de un plazo razonable. El Manual SIRENE lo establece en doce horas.³⁴

facilidades para obtener los visados que precisen.

61. Además, todos los Estados miembros están facultados con arreglo al artículo 5, apartado 2, de la Directiva 64/221 para pedir a otros Estados miembros informes sobre los antecedentes penales de cualquier persona solicitante, cuando ello resulte indispensable para su apreciación. Dicho precepto establece un plazo de dos meses para informar. Por último, también se remite al artículo 10 CE, el cual obliga a los Estados miembros a una cooperación leal en la aplicación del Derecho comunitario.

63. Por lo que se refiere a la entrada en el territorio, es comprensible que, con la estructura actual del SIS y de la red SIRENE, resulte difícil en la práctica recibir con la urgencia necesaria información sobre los motivos de inscripción en el SIS. Sin embargo, en tal supuesto se aplica la relación norma/excepción de la Directiva 64/221: mientras no se pruebe la existencia de una amenaza para la seguridad y para el orden públicos, deberá autorizarse en principio la entrada en el territorio.

62. En el presente asunto hubiese sido posible, al menos, examinar las solicitudes de visado de los Sres. Farid y Bouchair teniendo en cuenta esa información, en especial si se observa que la solicitud del Sr. Farid fue denegada después de tres meses. Por lo demás, del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 68/360 y de la Directiva 73/148³⁵ se desprende la obligación de comprobar la inscripción con ocasión de la solicitud de visado. En virtud de lo dispuesto en ellas, los Estados miembros darán a miembros de una familia que no posean la nacionalidad de ninguno de los Estados miembros, *las*

64. Esta conclusión se desprende en especial del artículo 5, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 64/221, según el cual el extranjero será autorizado a permanecer *provisionalmente* en el territorio en el que desee entrar, hasta la decisión de concesión o de denegación del permiso de estancia. Así pues, el miembro de la familia de un ciudadano de la Unión tiene derecho a permanecer en el Estado miembro aunque aún no esté demostrado que su presencia no supone una amenaza para la seguridad o para el orden públicos. De acuerdo con lo anterior, el Estado miembro tiene que respetar, de entrada, el principio fundamental de libre circulación. Tiene que asumir un posible riesgo –insuficientemente probado–

34 — Apartado 2.2.1, letra a).

35 — Antes citadas en la nota 10.

para la seguridad y el orden públicos, así como las dificultades de una eventual orden posterior de expulsión de su territorio del afectado.³⁶ Por lo demás, también los artículos 5, apartado 2, y 16, del CAAS ofrecen una posibilidad de este tipo, al establecer que los Estados miembros *pueden* permitir la entrada, al menos, en su propio territorio, cuando exista una inscripción en el SIS. Ante la duda, habría que interpretar dichos preceptos de modo congruente con los de la Directiva 64/221, en el sentido de que los Estados miembros *deben* permitir la entrada.

65. En resumen, el especial estatuto de los extranjeros que se hallan bajo la protección del Derecho comunitario exige que el usuario del SIS que consulta la información no pueda denegarle sin más, cuando el afectado esté inscrito en el SIS, la entrada o el visado como si se tratase de un extranjero «común». Por el contrario, debe comprobar primero por sí mismo que el afectado representa una amenaza real, actual y grave para un interés fundamental de la sociedad. Según todo lo expuesto, el Derecho comunitario obliga no sólo al Estado informante sino también al Estado *que consulta* el SIS a tratar *de modo diferente* a los extranjeros inscritos, precisamente porque éstos no disfrutaban de idéntica situación jurídica. Las autoridades españolas no tuvieron en cuenta, por el contrario, que eran beneficiarios del

Derecho comunitario en cuanto miembros de las familias de ciudadanos de la Unión.

66. En consecuencia, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 64/221, al haber denegado a dos extranjeros casados con ciudadanas de la Unión la expedición de visados y la entrada en el territorio español, respectivamente, porque los extranjeros afectados estaban inscritos en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen, y ello sin haber comprobado antes si la presencia de esas personas en el territorio español representaba una amenaza real, actual y grave para un interés fundamental de la sociedad.

2. Sobre la imputación relativa a la insuficiente motivación

36 — *A sensu contrario* de la sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Yiadam* (C-357/98, Rec. p. I-9265), apartado 41, esa estancia provisional no podría en cualquier caso hacer nacer derechos (más amplios) en virtud del artículo 9, de la Directiva 64/221, si las autoridades competentes sólo dejan transcurrir el tiempo necesario para examinar el caso, antes de denegar la entrada. En el asunto *Yiadam* se permitió una estancia provisional de más de siete meses, antes de denegar la entrada por circunstancias ya conocidas el mismo día de llegada. Por ello, el Tribunal de Justicia ya no calificó la medida en tanto que denegación de entrada, sino en tanto que fin de la estancia.

67. Mediante esta imputación la Comisión alega que las autoridades españolas no hicieron constar en su decisión las razones de seguridad y orden públicos por las que denegaron la entrada y el visado, respectivamente.

68. En virtud del artículo 6 de la Directiva 64/221, se pondrá en conocimiento de los interesados las razones de orden público, seguridad o salud públicas, en que se base la decisión que le concierne, a menos que ello sea contrario a la seguridad del Estado. Del objetivo de la Directiva se desprende que la comunicación de esas razones debe ser suficientemente detallada y exacta para permitir al interesado defender sus intereses.³⁷ Una motivación meramente formal no satisface estas exigencias.

69. Por lo que respecta al Sr. Bouchair, desde el principio, la decisión sobre su solicitud no estaba suficientemente motivada. En efecto, como expone la Comisión sin que se le discuta, las autoridades sólo manifestaron que el solicitante no cumplía los requisitos del artículo 5, apartado 1, del CAAS, pero no precisaron *cuál* de los cuatro supuestos previstos en el artículo 15 del CAAS para denegar un visado concurría en su caso. Podía haberse tratado de problemas con los documentos de viaje, de la falta de datos sobre el motivo y la duración del viaje o sobre los medios de subsistencia, pero también de razones de seguridad pública o, precisamente, de la inscripción en la lista de no admisibles. Sin conocer las razones de

denegación concretas que se aplicaron, el Sr. Bouchair no podía defender sus intereses.

70. Frente a ello, las autoridades españolas motivaron la denegación de entrada del Sr. Farid y la denegación de su posterior solicitud de visado, en que éste había sido inscrito por la República Federal de Alemania en la lista de no admisibles del SIS. Esta motivación contiene al menos el motivo real de las decisiones.

71. A pesar de todo, la Comisión opina que ni siquiera esta información cumple lo exigido por el artículo 6 de la Directiva 64/221.

72. De hecho, dicho precepto no sólo exige que se manifiesten los motivos reales de una decisión, sino que se pongan de manifiesto las *razones de orden público, seguridad o salud públicas*, por las cuales el Estado miembro restringe la libre circulación del afectado. En consecuencia, la motivación debe expresar de modo comprensible las

37 — Sentencias Rutili, antes citada en la nota 15, apartado 39, así como Adoui y Cornuaille, antes citada en la nota 12, apartado 13. Véase también el artículo 30 de la Directiva 2004/38, antes citada en la nota 4, que recoge dicha jurisprudencia.

consideraciones —incluida la conveniencia de la medida—³⁸ que deben manifestarse con arreglo a la Directiva 64/221. Por lo tanto, esta obligación de motivación específica ya presupone que sólo se adoptará una medida restrictiva de la libre circulación por razones de orden público cuando se conozcan esas razones y que, en consecuencia, se comunicarán también esas razones.

74. Como ya he expuesto, el Gobierno español no puede invocar frente a lo anterior que le estuviere permitido aceptar, sin más indagaciones, la inscripción para denegar el visado.

75. En conclusión, España ha incumplido, por lo tanto, los artículos 1, 2 y 6 de la Directiva 64/221, al haber denegado la entrada al Sr. Farid y no haber motivado suficientemente las denegaciones de las solicitudes de los Sres. Bouchair y Farid.

73. Las autoridades españolas no cumplieron este requisito de legalidad formal de la decisión. Por último, la presencia de un extranjero en el territorio de un Estado miembro no representa una amenaza sólo *porque esa persona esté inscrita en la lista de no admisibles del SIS*. Más bien existía (en el presente asunto) una inscripción al amparo del artículo 96 del CAAS, porque el Sr. Farid había cometido un delito. En consecuencia, las autoridades españolas dedujeron de dicha inscripción que también en el momento de sus decisiones seguía representando una amenaza para la seguridad y el orden públicos. En la motivación de su decisión tenían que haberse manifestado a este respecto.

VI. Costas

76. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión la condena en costas del Reino de España y por haberse desestimado los motivos de éste, procede condenarle en costas.

³⁸ — Véase la sentencia Orfanopoulos y Oliveri, antes citada en la nota 11, apartados 105 y ss.

VII. Conclusión

77. Como consecuencia de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que declare lo siguiente:

- 1) El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1, 2, 3 y 6 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública:
 - al haber denegado a dos extranjeros casados con ciudadanas de la Unión la expedición de visados y la entrada en el territorio español, respectivamente, porque los extranjeros afectados estaban inscritos en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen, y ello sin haber comprobado antes si la presencia de esas personas en el territorio español representaba una amenaza real, actual y grave para un interés fundamental de la sociedad, y
 - al haber denegado la entrada al Sr. Farid y no haber motivado suficientemente las denegaciones de las solicitudes de los Sres. Bouchair y Farid.
- 2) Condenar en costas al Reino de España.