Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 24 de noviembre de 2022 [1]

Asunto C-528/21

M. D.
contra
Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Budapesti és Pest Megyei Regionális Igazgatósága

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría)]

«Reenvío prejudicial — Espacio de libertad, seguridad y justicia — Fronteras, asilo e inmigración — Nacional de un tercer país en situación irregular en el territorio de un Estado miembro — Directiva 2008/115/CE — Prohibición de entrada y estancia — Nacional de un tercer Estado progenitor de un ciudadano europeo menor de edad —Amenaza para el orden público y la seguridad nacional — Artículo 25 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen — Obligación de consulta —Reglamento (CE) n.º 1987/2006 — Inscripción como no admisible en el espacio Schengen»

1. En este renvío prejudicial se plantea, entre otras dudas, si el derecho de la Unión (incluida la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en lo sucesivo, «Carta») resulta compatible con la prohibición de entrada y estancia [2] en el territorio de un Estado miembro, acordada por sus autoridades en relación con un nacional de un tercer país sin que, al parecer, se hayan valorado sus circunstancias personales, especialmente la de ser padre de un menor, ciudadano de la Unión, que reside en aquel Estado.

2. Al hilo de ese interrogante, se suscitan dos problemas relativos a:

– La aplicabilidad de la Directiva 2008/115/CE [3] cuando el nacional del tercer país se encuentra fuera del territorio del Estado miembro en el momento en el que sus autoridades han decretado la prohibición de entrada.

[1] Lengua original: español.

[2] En lo sucesivo, me referiré a ella como «prohibición de entrada», sin más.

[3] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO 2008, L 348, p. 98).

– La proporcionalidad que, a tenor del Reglamento (CE) n.º 1987/2006,[4] condiciona la introducción en el sistema de información de Schengen de segunda generación (en lo sucesivo, «SIS II») de «descripciones» a efectos de la denegación de entrada y estancia.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen[5]

3. Con arreglo a su artículo 25, apartado 2:

«Cuando se compruebe que un extranjero titular de un permiso de residencia válido expedido por una Parte contratante está incluido en la lista de no admisibles, la Parte contratante informadora consultará a la Parte que expidió el permiso de residencia para determinar si existen motivos suficientes para retirarlo.

Si no se retira el permiso de residencia, la Parte contratante informadora procederá a retirar la inscripción; no obstante, podrá inscribir a dicho extranjero en su lista nacional de personas no admisibles».

2. Reglamento n.º 1987/2006

4. El artículo 21 («Proporcionalidad») reza:

«El Estado miembro informador comprobará si el caso es adecuado, pertinente e importante como para justificar la introducción de la descripción en el SIS II.

[…]».

5. El artículo 24 («Condiciones para introducir descripciones a efectos de denegación de entrada o de estancia») preceptúa:

«1. Los datos relativos a los nacionales de terceros países para los que se haya introducido una descripción a efectos de denegación de entrada o estancia se introducirán sobre la base de una

[4] Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DO 2006, L 381, p. 4; corrección de errores en DO 2021, L 224, p. 42), modificado por el Reglamento (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de noviembre de 2018 (DO 2018, L 312, p. 14.) a partir de su fecha de entrada en vigor: artículos 63 y 66, apartado 5, párrafo segundo. Quedará derogado desde la fecha de plena aplicación (artículos 65 y 66, apartado 5, párrafo primero), aún no producida.

[5] Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990 (en lo sucesivo, «CAAS»), en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo de 2010, por el que se modifica el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) n.º 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración (DO 2010, L 85, p. 1). El artículo 64 del Reglamento (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de noviembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de las inspecciones fronterizas, por el que se modifica el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y se modifica y deroga el Reglamento (CE) n.º 1987/2006 suprime el artículo 25 del CAAS, que pasa a ser sustituido por los artículos 27 a 30 del mismo Reglamento; véase también el considerando vigésimo noveno. La fecha de efecto del artículo 64 citado es la de plena aplicación del Reglamento conforme a su artículo 66, apartados 2 y 5. En la vista, la Comisión confirmó que las condiciones para esa aplicación no se reunían aún.

descripción nacional resultante de una decisión adoptada, observando las normas de procedimiento previstas por la legislación nacional, por las autoridades administrativas o por los órganos jurisdiccionales competentes. Esta decisión sólo podrá tomarse sobre la base de una evaluación del caso concreto. Los recursos contra esta decisión se interpondrán con arreglo a la legislación nacional.

2. Deberá introducirse una descripción cuando la decisión a que se refiere el apartado 1 se base en la amenaza que para el orden público o la seguridad nacional pueda constituir la presencia del nacional de un tercer país en cuestión en el territorio de un Estado miembro […].

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

3. Directiva 2008/115

6. El considerando sexto enuncia:

«Procede que los Estados miembros se aseguren de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente. De conformidad con los principios generales del derecho comunitario, las decisiones que se tomen en el marco de la presente Directiva deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular […]».

7. A tenor del considerando décimo cuarto:

«Debe darse una dimensión europea a los efectos de las medidas nacionales de retorno, mediante el establecimiento de una prohibición de entrada que impida la entrada y la estancia en el territorio de todos los Estados miembros […]».

8. Según el artículo 3 («Definiciones»), apartado 2, una «situación irregular» corresponde a «la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen [6] u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro».

9. El artículo 3, apartado 6, define una «prohibición de entrada» como «una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se prohíba la entrada y la estancia en el territorio de los Estados miembros por un período de tiempo determinado, unida a una decisión de retorno».

6 El artículo 5 recoge las condiciones de entrada, para los nacionales de terceros países, de cara a estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días. Actualmente, se trata del artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO 2016, L 77, p. 1).

10. De conformidad con el artículo 5 («No devolución, interés superior del niño vida familiar y estado de salud»):

«Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:

a) el interés superior del niño,

b) la vida familiar,

[…]».

11. Con arreglo al artículo 11 («Prohibición de entrada»), apartado 1:

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

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

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

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

B. Derecho nacional

12. Son pertinentes para este asunto:

– Los artículos 33 y 42 de la A szabad mozgás és tartózkodás jogával rendelkező személyek beutazásáról és tartózkodásáról szóló 2007. Évi I. törvény (Ley I de 2007, relativa a la entrada y la estancia de las personas con derecho de libre circulación y de residencia; en lo sucesivo, «Ley I de 2007») (*Magyar Közlöny* 2007/1).

– Los artículos 43, 44 y 45 de la A harmadik országbeli állampolgárok beutazásáról és tartózkodásáról szóló 2007. Évi II. törvény (Ley II de 2007, relativa a la entrada y la estancia de nacionales de terceros países; en lo sucesivo, «Ley II de 2007») (*Magyar Közlöny* 2007/2).

13. El artículo 17 de la 2018. Évi CXXXIII. törvény az egyes migrációs tárgyú és kapcsolódó törvények módosításáról (Ley CXXXIII de 2018, sobre la modificación de determinadas leyes en materia de migración y otras disposiciones relacionadas, de 21 diciembre de 2018) (*Magyar Közlöny* 2018/133), en vigor desde el 1 de enero de 2019, completó la Ley I de 2007 con un artículo 94, conforme al que:

«[…]

4) El permiso de residencia o el permiso de residencia permanente del nacional de un país tercero que disponga de un permiso de residencia o de un permiso de residencia permanente válido en tanto que miembro de la familia de un ciudadano húngaro le será retirado:

[…]

b) si la residencia del nacional del tercer Estado pone en peligro el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional de Hungría.

[…]».

II. Hechos,[7] litigios y preguntas prejudiciales

14. M. D. es un nacional serbokosovar que llegó a Hungría en 2002. Desde entonces ha vivido en este país con su pareja y su hijo menor de edad, ambos de nacionalidad húngara, y con su madre. Todos ellos dependen de él económicamente.

15. M. D. habla correctamente húngaro. Es titular, en Hungría, de una empresa, un bien inmueble y varios vehículos. Posee también un establecimiento en Eslovaquia, motivo por el que ha disfrutado en este país de un permiso de residencia por negocios.[8]

16. Desde el 31 de mayo de 2003 gozaba de un permiso de residencia en Hungría, prorrogado en varias ocasiones. Posteriormente, por tener un hijo de nacionalidad húngara menor de edad, se le expidió una tarjeta de residencia temporal, válida hasta el 20 de mayo de 2021.

17. El 12 de junio de 2018 solicitó en Hungría una tarjeta de residencia permanente.

18. La solicitud le fue denegada en primera instancia administrativa por la Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Budapesti és Pest Megyei Regionális Igazgatósága (Dirección regional en Budapest y en la región de Pest de la Dirección general nacional de la policía de extranjería, Hungría).[9]

19. Esta resolución se basó en un informe de la Alkotmányvédelmi Hivatal (Oficina para la protección de la Constitución, Hungría), según el que M. D. suponía una amenaza real, directa y grave para la seguridad nacional, por lo que debía abandonar el país.[10]

20. El 27 de agosto de 2018, la policía de extranjería constató que el derecho de residencia de M. D. había expirado, lo que fue confirmado por la misma autoridad, en segunda instancia administrativa, el 26 de noviembre de 2018.

21. El 28 de mayo de 2019, el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría) anuló la decisión de 26 de noviembre de 2018[11] y ordenó a las autoridades de extranjería tramitar un nuevo procedimiento en el que sopesasen todas las circunstancias, teniendo en cuenta primordialmente que M. D. y su pareja vivían en Hungría en un hogar con su hijo menor de edad, de nacionalidad húngara.

7 El relato de hechos corresponde a la descripción realizada por el tribunal de reenvío. No recoge otros a los que el Gobierno húngaro hizo alusión en la vista, pero no constan en el auto de remisión.

8 El permiso tenía una duración de dos años a partir del 26 de febrero de 2019. Según el tribunal de renvío, no «ha podido» ser prolongado como consecuencia de la introducción de una descripción relativa a M. D. en el SIS II, basada en la prohibición de entrada objeto de litigio.

9 En lo sucesivo, «policía de extranjería».

10 Contra él había recaído una condena previa (y suspendida) de un año de prisión, por un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina, mediante el ofrecimiento de ayuda para cruzar la frontera de forma no autorizada.

11 Los efectos de la anulación alcanzaban también a la resolución de 27 de agosto de 2018. El tribunal subrayó que la policía de extranjería no había demostrado la concurrencia de las condiciones del artículo 33 de la Ley I de 2007, es decir, una amenaza real, directa, grave y actual, al fundar su decisión sobre la opinión de la Oficina para la protección de la Constitución, que no había intervenido en el asunto en tanto que autoridad especializada.

22. El 29 de agosto de 2019, como resultado del nuevo procedimiento, la policía de extranjería denegó a M. D. la tarjeta de residencia. Subrayó que, teniendo en cuenta los cambios normativos vigentes desde el 1 de enero de 2019, el procedimiento se había desarrollado sobre la base del artículo 94, apartado 4, letra b), de la Ley I de 2007. [12] Además, destacó que no podía apartarse de los dictámenes de la Oficina para la protección de la Constitución, en su calidad de autoridad especializada, y que no disponía de margen de apreciación.

23. M. D. recurrió la resolución de la policía de extranjería ante el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital). Este órgano judicial rechazó el recurso, al considerar que las autoridades de extranjería están obligadas a solicitar la opinión de la autoridad especializada, que les vincula.

24. La Kúria (Tribunal Supremo, Hungría) confirmó la sentencia del Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital). A la vista de los documentos clasificados que sirvieron de fundamento al dictamen de la autoridad especializada, aceptó que la estancia de M. D. en Hungría constituiría una amenaza real y directa para la seguridad nacional. Por este motivo, la valoración de su situación personal no podía desembocar en una respuesta diferente.

25. M. D. abandonó el territorio húngaro el 24 de septiembre de 2020. [13]

26. El 14 de octubre de 2020, la policía de extranjería le impuso una prohibición de entrada en Hungría por un período de tres años y ordenó que se introdujera en el SIS II una descripción relativa a esa prohibición.

27. La prohibición se basó en que:

– La estancia de M. D. en Hungría suponía una amenaza para la seguridad nacional de este país. [14]

– La Oficina para la protección de la Constitución, en propuesta de 30 de septiembre de 2020, había recomendado la expulsión de M. D. y la adopción de una prohibición de entrada y residencia por diez años.

28. M. D. recurrió la prohibición de entrada ante el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital). Alegó que la policía de extranjería incumplió sus obligaciones de profundizar, valorar y motivar los hechos y las normas citadas en su decisión, y que esta se apoya únicamente en la propuesta de otra administración. Invocó a su favor, además de legislación nacional, el artículo 11 de la Directiva 2008/115.

29. La policía de extranjería solicitó la desestimación del recurso. Adujo que su resolución se apoyaba en el artículo 43 de la Ley II de 2007, norma imperativa que exige imponer una prohibición autónoma de entrada al nacional de un tercer país residente en el extranjero cuya entrada y estancia atenten contra la seguridad nacional, y que establece asimismo el carácter obligatorio de las propuestas de los organismos encargados de la seguridad nacional. Además, dado que ya se había revocado el permiso de residencia de M. D. (expedido en atención a su relación familiar), tampoco habría tenido obligación legal de sopesar sus circunstancias familiares.

[12] Véase su transcripción parcial en el punto 13 de estas conclusiones.

[13] Posteriormente, intentó volver a Hungría. Al hilo de una prueba de covid realizada en la frontera se descubrió que no podía acceder a este país, debido a la prohibición de entrada. Según el Gobierno húngaro, se desconoce su paradero actual.

[14] Añadía que ordenar su expulsión (*sic*) se consideraba una limitación proporcionada, pese a la existencia, en aquel momento, de un permiso eslovaco de residencia válido.

30. En este contexto, el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital) eleva al Tribunal de Justicia cuatro preguntas prejudiciales, de las que transcribo las dos primeras:

«1) ¿Deben interpretarse los artículos 5 y 11 de la Directiva [2008/115] y el artículo 20 TFUE, en relación con los artículos 7, 20, 24 y 47 de la Carta, en el sentido de que se oponen a una práctica de un Estado miembro que extiende la aplicación de una reforma legislativa incluso a procedimientos repetidos por orden judicial emitida en procedimientos incoados con anterioridad, reforma legislativa como consecuencia de la cual un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, se ve sometido a un régimen procesal mucho más desfavorable, hasta el punto de perder la condición de persona que no puede ser objeto de retorno ni siquiera por motivos de orden público, de seguridad pública o de seguridad nacional que había alcanzado en virtud de la duración de su residencia hasta ese momento; de ver denegada a continuación su solicitud de una tarjeta de residencia permanente sobre la base de esa misma situación fáctica y por motivos de seguridad nacional; de ver cómo se le retira la tarjeta de residencia expedida a su favor, y de ver cómo se le impone después una prohibición de entrada y de estancia, sin que sus circunstancias personales y familiares sean sopesadas en ninguno de los procedimientos —especialmente, en este contexto, el hecho de que tiene también a su cargo a un ciudadano húngaro menor de edad—, decisiones que tienen como consecuencia, o bien la ruptura de la unidad familiar, o bien que los ciudadanos de la Unión miembros de la familia del nacional de un tercer país, entre ellos su hijo menor de edad, se vean obligados a abandonar el territorio del Estado miembro?

2) ¿Deben interpretarse los artículos 5 y 11 de la Directiva 2008/115 y el artículo 20 TFUE, en relación con los artículos 7 y 24 de la Carta, en el sentido de que se oponen a una práctica de un Estado miembro en virtud de la cual no se examinan las circunstancias personales y familiares del nacional de un tercer país antes de imponerle una prohibición de entrada y de estancia, alegando que la estancia de esa persona, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, supone una amenaza real, directa y grave para la seguridad nacional del país?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

31. La petición de decisión prejudicial se registró en el Tribunal de Justicia el 26 de agosto de 2021. Se acordó otorgarle un tratamiento prioritario.

32. Han depositado observaciones escritas los Gobiernos checo y húngaro y la Comisión Europea.

33. El 25 de marzo de 2022, el Tribunal de Justicia reclamó ciertas aclaraciones al órgano judicial de reenvío, que transmitió la solicitud a las partes del litigio de origen. Tanto M. D. como la policía de extranjería respondieron a las cuestiones enviadas.

34. El 21 de septiembre de 2022 tuvo lugar una vista, a la que concurrieron el Gobierno húngaro y la Comisión.

IV. Análisis

35. Por indicación del Tribunal de Justicia, estas conclusiones versarán sobre las dos primeras preguntas prejudiciales.

36. Abordaré esas preguntas conjuntamente, dado lo que tienen en común. En esencia, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si el artículo 20 TFUE y los artículos 5 y 11 de la Directiva 2008/115, leídos en relación con los artículos 7, 20, 24 y 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que impiden a un Estado miembro retirar el derecho de residencia al nacional de un tercer país, familiar de un ciudadano de la Unión que no ha ejercido su libertad de circulación, e imponerle una prohibición de entrada en el territorio, atendiendo a que su conducta constituye una amenaza real, directa y grave a la seguridad nacional, sin examinar su situación personal y familiar, aunque tenga un hijo menor que es nacional de aquel Estado miembro.

37. El órgano de reenvío indica que se ha aplicado una modificación legislativa desfavorable a los nacionales de terceros países, al final de un procedimiento iniciado bajo la vigencia de la legislación previa. Estimo que esta circunstancia temporal no afecta a la respuesta, desde la perspectiva del derecho de la Unión. Además, según el relato de hechos antes descrito, la modificación legislativa se aplicó para denegar la tarjeta de residencia, decisión firme en virtud de las resoluciones judiciales reseñadas.

A. Admisibilidad

38. Es precisamente este último dato el que conduce al Gobierno húngaro a negar la relación entre las preguntas y el objeto del litigio *a quo*. Alega que se refieren a normas aplicadas durante un procedimiento anterior definitivamente concluido, distinto del que ahora está pendiente. El reenvío prejudicial sería, por lo tanto, hipotético. [15]

39. Añade que el recurso de origen se dirige contra una decisión *autónoma* de entrada y estancia en Hungría, respecto de la que no se aplica la Directiva 2008/115 ni la Carta, de manera que la interpretación de esas normas no es necesaria para resolverlo.

40. La objeción del Gobierno húngaro tiene una cierta base, por cuanto, como he subrayado, eran firmes las resoluciones nacionales en las que se acordó, sin que los correspondientes órganos judiciales planteasen ninguna pregunta prejudicial al confirmarlas, que M. D. no tenía derecho a obtener o mantener un permiso de residencia en Hungría, que antes había disfrutado. [16]

41. Eso no significa, sin embargo, que la pregunta prejudicial carezca de pertinencia para el litigio: ceñido este a la validez de la prohibición de entrada en Hungría, [17] las dudas son legítimas incluso si, como propugnaré, la Directiva 2008/115 y (en la medida que de ella dependa) la Carta no le fueran aplicables.

[15] Apartado 10 de sus observaciones escritas.

[16] No examinaré, pues, la pérdida del derecho de residencia de M. D., sin perjuicio de que algunas de mis consideraciones ulteriores puedan ser de utilidad al Tribunal de Justicia, si decide volver sobre ella.

[17] La decisión recurrida consiste en la prohibición de entrada e *inclusión de la descripción en el SIS II*, pero no parece que se discutiera sobre esta última, respecto de la que el tribunal de reenvío no suscita directamente ninguna duda (se refiere indirectamente al SIS II en la cuarta pregunta). Analizaré, de todas formas, los problemas relativos al SIS II al final de estas conclusiones.

B. Aplicabilidad de la Directiva 2008/115

42. Del enunciado de las preguntas prejudiciales se infiere que, para el órgano de reenvío, la aplicabilidad de la Directiva 2008/115 no es dudosa. En cambio, por motivos parcialmente coincidentes, la Comisión y el Gobierno húngaro rechazan que ese instrumento rija una situación como la de autos:

– Según la Comisión, la Directiva 2008/115 se aplica a los nacionales de terceros Estados cuya estancia en un Estado miembro es irregular. Este no sería el caso de quien, en el momento de dictarse la prohibición de entrada, no se halla en ese Estado miembro. [18]

– El Gobierno húngaro argumenta en el mismo sentido. [19] Añade que los motivos de la prohibición pronunciada no están ligados a la migración y se atiene al Manual de Retorno, [20] cuyo punto undécimo invoca en apoyo de su tesis. [21] La prohibición de entrada es autónoma [22] y, como tal, se rige por el derecho nacional.

43. A mi juicio, al nacional de un tercer país cuya presencia en un Estado miembro es regular, y deviene irregular en virtud de la retirada del permiso de residencia que se le había otorgado, se le han de aplicar las prescripciones de la Directiva 2008/115.

44. Sin embargo, no hay ninguna indicación explícita en la Directiva 2008/115 sobre el efecto que el abandono del territorio por parte del extranjero en situación irregular despliega sobre la aplicación de la norma.

45. Mi opinión es que la Directiva 2008/115 no cubre esta eventualidad, pues se aplica solo a los nacionales de terceros países que *se hallen* irregularmente en el territorio de un Estado miembro, [23] según la definición que la propia Directiva recoge.

46. El requisito de la presencia del nacional de un tercer país en el territorio de un Estado miembro deriva, de modo implícito, del artículo 2, apartado 1, de la Directiva, cuyo ámbito abarca «a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro».

18 Apartado 20 de sus observaciones escritas.

19 Apartado 43 de sus observaciones escritas.

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

21 Apartado 41 de sus observaciones escritas. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el Tribunal de Justicia da prioridad al correspondiente precepto de la Directiva, que «no puede ser modificado por una recomendación de la Comisión, que carece de efecto vinculante»: sentencia de 3 de junio de 2021, Westerwaldkreis (C-546/19, EU:C:2021:432; en lo sucesivo, «sentencia Westerwaldkreis»), apartado 47.

22 Atendiendo a los apartados 42 y 43 de las observaciones del Gobierno húngaro, el calificativo «autónoma» resulta de la inexistencia de una decisión de expulsión.

23 Artículo 2, apartado 1. No consta que Hungría haya decidido no aplicar la Directiva a los nacionales de terceros países en los casos contemplados por el apartado 2 de ese artículo.

47. La «situación irregular» [24] de los nacionales de terceros países en ese territorio es, pues, ineludible para que entre en acción la Directiva 2008/115. A efectos de la calificación como «irregular», la razón de la presencia o su duración carecen de relevancia. [25]

48. La Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros la obligación de actuar frente a los nacionales de terceros países que se encuentren, repito, en situación irregular *en sus territorios respectivos*. [26] Detectada sobre su territorio una presencia no autorizada, deben ponerle fin lo antes posible. [27] Como regla, por virtud del artículo 6, apartado 1, acordarán una decisión de retorno, [28] «sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5». [29]

49. Los equívocos pueden nacer al observar que hay, en realidad, dos tipos de prohibiciones de entrada de nacionales de terceros países: a) las que acompañan a las decisiones de retorno adoptadas con arreglo a la Directiva 2008/115; y b) las acordadas, por razones de seguridad nacional u otras análogas, al margen de esa Directiva.

50. La distinción entre ambas categorías hace aconsejable exponer los contornos de las prohibiciones de entrada sujetas a la Directiva 2008/115 y de las que no se atienen a esta.

1. Prohibiciones de entrada sujetas a la Directiva 2008/115

51. La Directiva 2008/115 integra el conjunto de instrumentos tendentes a implementar la política de la Unión de lucha contra la inmigración ilegal de ciudadanos de terceros países.

52. Su propósito es establecer normas comunes sobre el retorno, la expulsión, el uso de medidas coercitivas, el internamiento y la prohibición de entrada, para garantizar que la finalización de la situación irregular de los nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante procedimientos justos y transparentes. [30]

53. La Directiva 2008/115 contempla diversos procedimientos en estrecha relación: el central, relativo a la decisión de retorno, y otros para actuaciones vinculadas a ella, y que pueden o deben seguirla.

[24] El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2008/115 define como situación irregular «la *presencia en el territorio de un Estado miembro* de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro». Sin cursiva en el original.

[25] Sentencias de 7 de junio de 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408), apartado 48; y de 17 de diciembre de 2020, Comisión/Hungría (Acogida de los solicitantes de protección internacional) (C-808/18, EU:C:2020:1029), apartado 243. En el dispositivo de la sentencia Westerwaldkreis, el Tribunal de Justicia aclaró que la Directiva 2008/115 «se aplica a una prohibición de entrada y de estancia dictada por un Estado miembro que no ha hecho uso de la facultad prevista en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la citada Directiva contra un nacional de un tercer país que se encuentra en su territorio y está sujeto a una orden de expulsión, por razones de seguridad pública y de orden público, sobre la base de una condena penal anterior».

[26] Sentencia de 8 de mayo de 2018, K.A. y otros (Reagrupación familiar en Bélgica) (C-82/16, EU:C:2018:308; en lo sucesivo, «sentencia K.A. y otros»), apartado 101.

[27] Sentencias de 6 de diciembre de 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), apartados 31 y 45; y de 7 de junio de 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408), apartado 87.

[28] A tenor del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2008/115, el retorno consiste en «el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a […] su país de origen, o un país de tránsito […], u otro tercer país al que […] decida volver voluntariamente y en el cual será admitido».

[29] La imposibilidad *jurídica* de ejecutar la orden de retorno, procediendo a la expulsión del nacional del tercer país que se encuentra en el territorio en situación irregular, no libera de la obligación de dictar aquella orden, aunque permite aplazar su ejecución: sentencia Westerwaldkreis, apartado 54.

[30] Artículo 1 y considerando sexto y trigésimo de la Directiva 2008/115.

54. Objeto de estas actuaciones es preparar y asegurar el retorno: a) sentando el plazo de ejecución voluntaria de la obligación de retorno; b) garantizando las condiciones para una ejecución forzosa; y c) haciendo valer el efecto de la orden de retorno en el territorio Schengen, a través de prohibiciones de entrada reflejadas en el SIS II. [31]

55. Dentro de este sistema, la prohibición de entrada es un medio para aumentar la eficacia de la política de la Unión *en materia de retorno*: durante un cierto período tras su expulsión, el nacional de un tercer país cuya estancia sea irregular no podrá volver legalmente al territorio de los Estados miembros. [32] La prohibición dota de dimensión europea a la orden de retorno. [33]

56. En la Directiva 2008/115, una prohibición de entrada:

– Depende de una decisión de retorno, en el sentido de que, si esta falta, adoptar aquella no es posible. [34] Así lo imponen los artículos 3, apartado 6, y 11, apartado 1, de aquella Directiva.

– Acompaña necesariamente a la decisión de retorno, cuando no se ha concedido un plazo de salida voluntaria o la obligación de abandonar el territorio no se ha cumplido. [35]

– Solo puede producir los efectos jurídicos que le son propios a raíz de la ejecución, voluntaria o forzosa, de la decisión de retorno. [36]

– No puede mantenerse en vigor tras la revocación de la decisión de retorno. [37]

2. Prohibiciones de entrada no sujetas a la Directiva 2008/115

57. Los Estados miembros conservan la competencia de vetar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países en supuestos distintos a aquellos en los que se pronuncia una decisión de retorno conforme a la Directiva 2008/115, en razón de su situación irregular.

58. Como ya he avanzado, esos supuestos (que se caracterizan por responder a conductas constitutivas de amenazas para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional, o que afecten a las relaciones internacionales, de las que son protagonistas quienes no se hallan en su territorio) no están cubiertos por la Directiva 2008/115.

[31] Explico más adelante que, bajo el Reglamento n.º 1987/2006, no es obligatoria la introducción en el SIS II de descripciones relativas a nacionales de terceros países basadas en prohibiciones de entrada relacionadas con el incumplimiento de normas nacionales sobre entrada o residencia: véase el punto 112.

[32] Sentencia de 17 de septiembre de 2020, JZ (Pena de prisión en caso de prohibición de entrada) (C-806/18, EU:C:2020:724), apartado 32.

[33] Considerando décimo cuarto de la Directiva 2008/115. No obstante, no todas las decisiones de retorno deben ir acompañadas necesariamente de una prohibición de entrada: véase el artículo 11, apartado 1; e *infra*, punto 112 de estas conclusiones, sobre el carácter potestativo de la introducción en el SIS II de determinadas descripciones.

[34] La decisión de retorno es consecuencia de la irregularidad de la situación en el territorio de un Estado miembro. La prohibición rechaza una posible entrada, posterior al retorno, en el territorio de la Unión, haciéndola irregular de forma automática: véase la sentencia de 26 de julio de 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590; en lo sucesivo, «sentencia Ouhrami»), apartados 49 y ss. Desde el punto de vista formal, no obstante, los Estados miembros son libres de dictar las prohibiciones de entrada simultánea o sucesivamente con la orden de retorno: artículo 6, apartado 6, de la Directiva 2008/115. Por razones de eficiencia, la propuesta de refundición de la Directiva en curso incluye, como novedad respecto al régimen en vigor, la adopción de prohibiciones de entrada sin previa decisión de retorno en casos en los que la situación irregular se detecta por primera vez a la salida, con ocasión de inspecciones en frontera: artículo 13, apartado 2, de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (refundición) [COM(2018) 634 final].

[35] Artículo 11, apartado 1. En otras circunstancias, la prohibición de entrada es posible, pero no obligada.

[36] Sentencias Ouhrami, apartado 49; y Westerwaldkreis, apartado 52.

[37] Sentencia Westerwaldkreis, apartado 54.

59. Esas prohibiciones de entrada son independientes de cualquier decisión de retorno regida por la Directiva 2008/115. Se atendrán a las disposiciones del derecho nacional (eventualmente, a las derivadas del derecho internacional o de ciertas decisiones de la Unión) [38] y no, repito, a la Directiva 2008/115. [39]

60. En tanto que basada en la amenaza que supondría la presencia del nacional de un tercer Estado en el territorio de un Estado miembro, una prohibición de este tipo también fundamenta una decisión de inscripción en las listas de personas no admisibles del SIS II. La introducción de la descripción en el SIS II es, en tal caso, obligatoria. [40]

3. Alcance geográfico limitado de la prohibición de entrada

61. Cualquiera que sea el motivo de una prohibición de entrada y estancia adoptada por un Estado miembro, su alcance geográfico queda limitado si la persona contra quien se dirige posee un título que le permite estar legalmente en algún otro Estado miembro.

62. Dado que la formalización y, en la práctica, el despliegue del efecto «paneuropeo» de la interdicción de entrada están vinculados a la introducción en el SIS II de una descripción basada en ella, cuando la prohibición no pueda tener ese efecto se ha de eliminar la correlativa descripción del SIS II.

63. Así, en la hipótesis de que el nacional del tercer país posea un permiso de residencia en un Estado parte del SIS II, el artículo 25, apartado 2, del CAAS prevé un sistema de consultas entre el Estado expedidor del permiso y el que introduce la descripción en el SIS II, [41] a fin de determinar si existen motivos suficientes para retirar ese permiso. Si el permiso se mantiene, el Estado que introdujo la descripción procederá a retirarla.

64. En este último caso, de conformidad con el mismo texto, podrá inscribir al extranjero en su lista nacional de personas no admisibles. [42]

[38] Véase, por ejemplo, la Decisión (PESC) 2022/331 del Consejo, de 25 de febrero de 2022, por la que se modifica la Decisión 2014/145/PESC relativa a medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DO 2022, L 52, p. 1). Su anexo enumera las personas en relación con las que los Estados miembros han de adoptar las medidas necesarias para *impedir la entrada* en sus territorios.

[39] No significa que el Estado miembro quede liberado de toda constricción, ya sea en cuanto al procedimiento, ya en cuanto al fondo, procedente del derecho de la Unión: véase *infra*, puntos 96 y ss.

[40] Artículo 24, apartado 2, del Reglamento n.º 1987/2006, en contraste con el apartado 3 del mismo precepto. La obligatoriedad es clara en versiones como la alemana, la francesa, la inglesa, la italiana o la portuguesa. La versión española, que originalmente utilizaba el verbo *podrá*, fue corregida después (corrección de errores del Reglamento n.º 1987/2006 en DO 2021, L 224, p. 42).

[41] Conforme a la sentencia de 16 de enero de 2018, E (C-240/17, EU:C:2018:8), apartado 37 y dispositivo, aunque nada obsta a que las consultas se realicen antes de tomar la decisión en la que se basa la descripción, la obligación solo existe una vez realizada la inscripción. El Reglamento 2018/1861 corrige esta regla.

[42] Véase la sentencia de 16 de enero de 2018, E (C-240/17, EU:C:2018:8). En principio, la inscripción como persona no admisible en la base nacional de datos de un Estado miembro, por constituir una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de uno de los Estados miembros, impide su entrada en el espacio Schengen, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra e), del Reglamento 2016/399.

4. Abandono del territorio antes de la decisión sobre el retorno y prohibición de entrada por razones de seguridad nacional

65. Si un individuo en situación irregular en un Estado miembro lo abandona antes de que sus autoridades adopten una decisión al respecto, la orden de retorno que contempla la Directiva 2008/115 deviene superflua: la ausencia del nacional del tercer país sobre el territorio de ese Estado hace innecesario adoptarla. [43]

66. Así se deduce, a mi entender, de los preceptos de la Directiva 2008/115 que: a) definen la situación irregular como la «presencia» en el territorio que no cumple (o ya no cumple) las condiciones de entrada, residencia o estancia; y b) disciplinan los procedimientos aplicables al individuo que se encuentre en el territorio de un Estado miembro.

67. Esta afirmación es coherente, además, con un sistema que impone a todos Estados miembros la obligación de terminar lo antes posible con las situaciones irregulares *que detecten en su territorio*.

68. Creo que la solución es la misma tanto si la salida del interesado se produce antes de que se incoe un procedimiento para decidir acerca de la situación irregular como en el curso del mismo, cuando aún no ha concluido con una resolución. En esta última hipótesis, el procedimiento queda privado de objeto: no existe (en el Estado miembro que lo tramitaba) situación irregular a la que deba ponerse fin ordenando el retorno, o de otro modo si se dan las condiciones para ello.

69. Las consecuencias procesales de esta solución en el orden nacional (archivo, sobreseimiento u otras) son, en principio, las que determine su propio derecho. [44]

70. El supuesto descrito no se debe confundir con el del nacional del tercer país cuyo paradero se desconoce, pero hay indicios de que se encuentra aún en el territorio. Estimo que, en este caso, cabe dictar una decisión de retorno en un procedimiento en rebeldía. [45]

71. Faltando la decisión de retorno por el motivo explicado, cabe concluir, sin más, que no es posible dictar una prohibición de entrada de las previstas en el artículo 11 de la Directiva 2008/115. [46]

72. En esa tesitura, como ya he expuesto, un Estado miembro que, por razones de seguridad nacional, estime preciso impedir la entrada al nacional de un tercer país que ya no se halla en su territorio podrá hacerlo con arreglo a su derecho nacional.

[43] Dictada la decisión de retorno, si el proceso aún no ha concluido, el nacional del tercer país que abandona el territorio realiza una «salida voluntaria», en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2008/115, cuando la decisión le otorga un plazo para marcharse. De no acordarse tal plazo, cabe entender que el extranjero cumple, simplemente, con la obligación de irse que le impone la resolución de retorno. Una orden de expulsión ya no será necesaria, mientras que una prohibición de entrada y estancia en el Estado miembro será todavía posible (artículo 11, apartado 1, *in fine*) o, incluso, obligatoria [artículo 11, apartado 1, letra a)] y su adopción deberá realizarse conforme a la Directiva.

[44] Una suspensión podrá estar indicada, no obstante, si existen motivos para suponer que el interesado no ha retornado, en el sentido de la Directiva 2008/115. Por analogía, véase la sentencia de 15 de febrero de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84), apartados 75 y 76.

[45] Es la solución que propone el Manual de Retorno, epígrafe 11.3, p. 58.

[46] A lo largo de la vista, en respuesta a las preguntas del Tribunal de Justicia, la Comisión insistió una y otra vez sobre este punto.

73. Considero que este planteamiento argumental prevalece frente a la opinión de que la Directiva 2008/115 se seguiría aplicando al nacional del tercer país que, una vez perdido el título que autoriza su presencia en el territorio de un Estado miembro, pone fin a la situación irregular (esto es, retorna) antes de que se adopte cualquier decisión al respecto.

74. Para quienes propugnan esa opinión, tal prohibición de entrada se regiría por la Directiva 2008/115, en tanto que representase una cierta *continuidad* con los procedimientos regulados por esa Directiva.

75. La opinión es sugerente: colocaría al individuo bajo un régimen de normas armonizadas, en cuya virtud la interdicción de entrada, aun motivada por una razón ajena a la migración ilegal, deberá pronunciarse conforme a los principios y requisitos (procedimentales y de fondo) de la propia Directiva 2008/115.

76. Semejante interpretación, sin embargo, no está exenta de inconvenientes. El primero es su colisión con los artículos 2 y 11, apartado 1, de la Directiva 2008/115, a los que antes he aludido. Lo que esta Directiva propugna es poner fin a situaciones irregulares de nacionales de países terceros, no resolver expedientes en los que una intervención de la autoridad ya no es necesaria (deja de ser necesaria), precisamente porque ha desaparecido la situación irregular en su territorio.

77. En segundo lugar, recordaré que la finalidad inmediata de la Directiva 2008/115 no es la protección del orden público, de la seguridad pública y de la seguridad nacional de los Estados miembros, aunque en ella no se desconocen estos intereses.[47] Aceptar que rige para las prohibiciones de entrada fundadas en esos motivos, pero desligadas de una orden de retorno, significaría equiparar el propósito que declara su artículo 1 con la salvaguardia directa de aquellos intereses.

78. En tercer lugar, la Directiva 2008/115 no tiene por objeto la plena armonización de las normas internas en materia de estancia de extranjeros, sino solo la adopción de decisiones de retorno (*rectius*: que pongan fin a la situación irregular) y su ejecución.[48] La interpretación que ahora analizo supondría, respecto a los Estados miembros, que las prohibiciones de entrada que dicten por motivos diferentes a la migración, desligadas de las órdenes de retorno, no podrían:

– poseer características distintas (duración, ámbito subjetivo) a las que la propia Directiva 2008/115 configura,

– recaer en supuestos distintos a los que esa Directiva establece,

cada vez que tales prohibiciones se dirijan contra el nacional de un tercer Estado que *estuvo, pero ya no está*, en el territorio en situación no regular.

79. Cabría salvar, *hasta cierto punto*, el primero de los obstáculos, por cuanto, repito, la Directiva 2008/115 incorpora en su redacción actual referencias al orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional (artículo 11, apartado 2, entre otros), aptas para afectar a la duración de la interdicción y a su ámbito subjetivo.[49]

[47] De hecho, la Directiva 2008/115 los respeta, como se desprende de, entre otros, el artículo 6, apartado *2*, *in fine*, el artículo 7, apartado 4, o el artículo 11, apartado 2. Sobre su alcance, no obstante, véase la sentencia de 30 de noviembre de 2009, Kadzoev (C-357/09 PPU, EU:C:2009:741), apartados 70 y 71.

[48] Sentencia K.A. y otros, apartado 44, y las que cita.

[49] Artículo 11, apartado 2, *in fine*, y apartado 3, párrafo segundo, respectivamente.

80. Ahora bien, en la Directiva 2008/115 estas nociones son autónomas, como todas las del derecho de la Unión cuya definición el legislador no remite a los Estados miembros (y aunque la Directiva misma no las defina). Es legítimo cuestionar su correspondencia con los conceptos nacionales o, al menos, la identidad en cuanto a la forma en que deben operar, habida cuenta de la diferencia de contexto: de la Unión, por un lado;[50] nacional, por otro.

81. En cuanto al segundo de los obstáculos, insisto en que la Directiva 2008/115 solo contempla prohibiciones de entrada que acompañan a una orden de retorno. No las prevé para cuando el nacional del tercer país, irregular en el territorio propio, es titular de una autorización de estancia en algún Estado miembro[51] o, en virtud de un acuerdo, un Estado miembro distinto a aquel donde es aprehendido se hace cargo de él.[52]

82. Sin embargo, un Estado miembro puede seguir interesado (o estar incluso obligado) en proscribir el acceso a su territorio del extranjero que lo abandona «en cumplimiento» de la exigencia a que se refiere el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2008/115, o con independencia de lo que decida a propósito de dicho individuo cualquier otro Estado miembro, una vez se ha hecho cargo de él. Dentro del respeto a las condiciones que el Tribunal de Justicia recuerda, la responsabilidad de mantener el orden público en el propio territorio, y salvaguardar la seguridad interior y exterior, incumbe a cada Estado miembro.[53]

5. En el asunto de autos

83. Conforme al relato del tribunal de reenvío, M. D. abandonó el territorio húngaro antes de que se le impusiera una orden de retorno. Si eso es así, las consideraciones hasta aquí expuestas me llevan a corroborar que la Directiva 2008/115 no era aplicable a la ulterior interdicción de entrada en Hungría dictada contra él.

84. En la eventualidad de que M. D. gozara de un permiso de residencia en Eslovaquia cuando se pronunció contra él la prohibición de entrada en Hungría, las autoridades competentes de ambos Estados miembros debieron haber realizado las consultas que prescribe el artículo 25, apartado 2 del CAAS, a más tardar una vez que se introdujo en el SIS II una descripción con apoyo en aquella prohibición.[54]

85. A fin de evitar una situación contradictoria, si, tras las consultas, Eslovaquia no retirara formalmente el permiso de residencia a M. D., Hungría debería proceder a suprimir la inscripción como no admisible en el SIS II. Podría, sin embargo, mantener la inscripción en su lista nacional de personas no admisibles.

[50] En el derecho de la Unión, esas nociones no son necesariamente iguales en todos los textos normativos que las emplean. La falta de identidad existe incluso entre los relativos a la migración, como recuerda el Manual de Retorno, epígrafe 11.3, p. 59, o, entre otras, la sentencia de 12 de diciembre de 2019, E.P. (Amenaza para el orden público) (C-380/18, EU:C:2019:1071), apartados 31 y ss, en la línea de las conclusiones presentadas por el abogado general Pitruzzella (C-380/18, EU:C:2019:609).

[51] En este supuesto, regulado por el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2008/115, una prohibición de entrada del artículo 11, concebida para dotar de efectos *en toda la Unión* a la orden de retorno, no tiene sentido.

[52] En esta hipótesis, regulada por el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/115, compete al segundo Estado poner fin a la situación irregular. Véase la sentencia de 7 de junio de 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408), apartados 84 y 86.

[53] Véase el artículo 72 TFUE y, sobre su alcance, la sentencia de 17 de diciembre de 2020, Comisión/Hungría (Acogida de los solicitantes de protección internacional) (C-808/18, EU:C:2020:1029).

[54] No hay certeza de que dichas consultas hayan tenido lugar: las informaciones que proporcionan M. D. y el Gobierno húngaro divergen sobre este extremo, que corresponde comprobar el tribunal de reenvío.

C. Prohibición de entrada y previa valoración de la situación personal y familiar

86. ¿Cabe prohibir la entrada en el territorio de un Estado miembro, por razones de seguridad nacional, al ciudadano de un tercer país sin ponderar sus circunstancias personales y familiares?

87. En mi opinión, la respuesta a esa pregunta ha de ser negativa, tanto si la prohibición se rige por la Directiva 2008/115 como cuando, al margen de ella, el afectado sea progenitor de un menor cuya nacionalidad es la del Estado miembro que emite la prohibición.

88. En virtud de una prerrogativa clásica de su soberanía, los Estados pueden limitar la libertad de movimientos de los no nacionales, negándoles la entrada en su territorio o expulsándolos de él.

89. Ni los Tratados internacionales ni el derecho de la Unión cuestionan este principio. Sin embargo, pueden atenuarlo o modularlo en determinadas situaciones, imponiendo la obligación de valorar la situación individual del interesado u otros factores relevantes.

90. Desarrollaré esta afirmación, en lo que atañe al derecho de la Unión, desde una doble perspectiva.

1. En caso de aplicación de la Directiva 2008/115

91. Si la prohibición de entrada en el territorio de un Estado miembro se rigiera por la Directiva 2008/115, la respuesta deriva sin más de su artículo 5: al aplicarla, aquel Estado miembro ha de tener en cuenta, obligatoriamente, el interés superior del niño y la vida familiar.

92. En esa línea se inscriben diversos considerandos de la Directiva 2008/115: [55]

– El vigésimo cuarto declara, con carácter general, que la Directiva respeta los derechos fundamentales y tiene en cuenta los principios consagrados, en particular, en la Carta.

– El sexto recuerda el deber de los Estados miembros de adoptar decisiones individualizadas.

– El vigésimo segundo recoge el «interés superior del niño» y el respeto de la vida familiar como consideraciones primordiales de los Estados miembros al aplicar la Directiva.

93. Estas prescripciones [56] no dejan de existir cuando la prohibición de entrada acompaña necesariamente a una orden de retorno, en virtud del artículo 11, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2008/115. Las circunstancias personales del afectado seguirán jugando, además, para establecer la duración de la prohibición. [57]

94. En esos casos, el análisis correspondiente queda absorbido por otro: el relativo a la propia orden de retorno, y también, para la situación del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 2008/115, por el que se lleve a cabo para no conceder un plazo de salida voluntaria al amparo de su artículo 7, apartado 4.

[55] Desde una perspectiva sistemática más amplia (que englobaría también el artículo 24, apartado 1, del Reglamento n.º 1987/2006), he de recordar que solo tienen acceso al SIS II las descripciones resultantes de decisiones adoptadas sobre la base de la evaluación del caso concreto: *infra*, punto 112.

[56] De las que no deriva, por supuesto, la imposibilidad de pronunciar una orden de retorno o una interdicción de entrada, sino la necesidad de ponderar, sobre la base de todos los datos de los que disponga, los intereses en presencia antes de decidir al respecto.

[57] Artículo 11, apartado 2 de la Directiva 2008/115.

95. El Tribunal de Justicia ha declarado que, a la vista del objetivo que persigue, el artículo 5 de la Directiva 2008/115 no puede interpretarse de manera restrictiva.[58] Por lo que atañe específicamente al interés superior del niño, recuerdo que debe ser respetado cuando esa Directiva se le aplica, y también cuando se aplica a su progenitor.[59]

2. En caso de no aplicación de la Directiva 2008/115

96. Los Estados miembros han de asegurar que, incluso en aquellos ámbitos reservados a su competencia, la ejercen sin contravenir el derecho de la Unión.[60]

97. En particular, cuando se trata de la residencia en sus territorios de nacionales de países terceros, las medidas que adopten esos Estados miembros no deben privar a los ciudadanos europeos del disfrute efectivo de los derechos que esa ciudadanía les confiere.[61]

98. Denegar un derecho de residencia al nacional de un tercer país puede llegar a desvirtuar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión. Así ocurre cuando entre aquel nacional y un miembro de su familia, ciudadano de la Unión, existe una relación de dependencia tal que negar al primero la residencia en un Estado miembro obligaría al segundo a acompañarle, abandonando el territorio de la Unión en su conjunto.[62]

99. El Tribunal de Justicia ha aclarado que la apreciación de la existencia de una relación de dependencia de esas características en relación con un ciudadano menor de edad[63] obliga a considerar la cuestión de su guarda y custodia, y si la carga legal, económica o afectiva de ese menor es asumida por el progenitor nacional de un tercer país.[64]

100. Afirmada la relación de dependencia, el nacional del tercer país puede excepcionalmente aspirar, al amparo del artículo 20 TFUE, a que se le conceda un derecho de residencia derivado (del que tiene el ciudadano de la Unión), que dimana de ese precepto.

58 Véase, entre otras, la sentencia de 11 de marzo de 2021, État belge (Retorno del progenitor de un menor) (C-112/20, EU:C:2021:197), apartado 35, y las que cita.

59 *Loc. ult. cit.*, dispositivo.

60 No creo que la afirmación necesite ya mayor justificación. Con carácter general, me remito a las sentencias de 16 de febrero de 2022, Hungría/Parlamento y Consejo (C-156/21, EU:C:2022:97), apartados 124 a 126; y Polonia/Parlamento y Consejo (C-157/21, EU:C:2022:98), apartados 142 a 144. En relación con el artículo 72 TFUE, véase, por todas, las sentencias de 2 de abril de 2020, Comisión/Polonia, Hungría y República Checa (Mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional) (C-715/17, C-718/17 y C-719/17, EU:C:2020:257), apartado 143; y de 2 de julio de 2020, Stadt Frankfurt am Main (C-18/19, EU:C:2020:511), apartado 28.

61 Entre otras muchas, sentencias K.A. y otros; sentencia de 27 de febrero de 2020, Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real (Cónyuge de un ciudadano de la Unión) (C-836/18, EU:C:2020:119; en lo sucesivo, «sentencia Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real»); de 5 de mayo de 2022, Subdelegación del Gobierno en Toledo (Residencia de un miembro de la familia — Insuficiencia de recursos) (C-451/19 y C-532/19, EU:C:2022:354; en lo sucesivo, «sentencia Subdelegación del Gobierno en Toledo»); y de 7 de septiembre de 2022, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Naturaleza del derecho de residencia en virtud del artículo 20 TFUE) (C-624/20, EU:C:2022:639), apartado 51. Es jurisprudencia consolidada que no resulta preciso, para esta consecuencia, que el ciudadano de la Unión haya ejercido su libertad de circulación.

62 Sentencias K.A. y otros, apartado 52; Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, apartado 40 y ss.; y Subdelegación del Gobierno en Toledo, apartado 48.

63 La dependencia puede producirse respecto de ciudadanos menores de edad o mayores (sentencia Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real). Nada apunta a que así ocurra con la pareja de M. D., por lo que no ahondaré en la cuestión.

64 Sentencia Subdelegación del Gobierno en Toledo, apartado 65. Véase también el análisis de la sentencia K.A. y otros, apartados 70 y ss.

101. He de recordar, sin embargo, que el derecho de residencia derivado no es absoluto. Los Estados miembros están facultados para no reconocerlo en determinadas circunstancias, entre las que destaca, en particular, el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad pública. [65]

102. Las razones de seguridad nacional son *a fortiori* aptas para restringir el reconocimiento del derecho de residencia derivado que dimana del artículo 20 TFUE. Para que así sea, han de corresponder a consideraciones que genuinamente afecten a esa noción, tal como la ha interpretado el Tribunal de Justicia. [66]

103. Esa aptitud no es, sin embargo, ilimitada, como también ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia. [67] En este contexto, a tenor de su jurisprudencia: [68]

– Los conceptos de «orden público» y de «seguridad pública», como justificación de una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias, han de ser objeto de interpretación estricta. [69]

– La amenaza que representa el nacional del tercer país para el orden público ha de ser real, actual y suficientemente grave; para afirmar que concurre no basta que el nacional del tercer país posea antecedentes penales en el Estado miembro de que se trate. [70]

– Compete al Estado miembro tomar en cuenta, entre otros, «la conducta personal del individuo de que se trate, la duración y legalidad de la residencia del interesado en el territorio del Estado miembro en cuestión, la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida, el grado de

[65] Entre otras, sentencias de 13 de septiembre de 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675; en lo sucesivo, «sentencia Rendón Marín»); de 13 de septiembre de 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674), apartado 39; K.A. y otros, apartado 92; Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, apartados 43 a 45; y Subdelegación del Gobierno en Toledo, apartado 52.

[66] El Tribunal de Justicia ha declarado en la sentencia de 6 de octubre de 2020, La Quadrature du Net y otros (C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791), apartados 135 y 136, que «el artículo 4 TUE, apartado 2, establece que la seguridad nacional sigue siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro. Esta responsabilidad corresponde al interés primordial de proteger las funciones esenciales del Estado y los intereses fundamentales de la sociedad e incluye la prevención y la represión de actividades que puedan desestabilizar gravemente las estructuras constitucionales, políticas, económicas o sociales fundamentales de un país, y, en particular, amenazar directamente a la sociedad, a la población o al propio Estado, tales como las actividades terroristas». Subrayó a continuación la importancia del objetivo de protección de la seguridad nacional, así como la diferencia, «por su naturaleza y especial gravedad», entre las amenazas potenciales sobre ella y el riesgo general de que surjan tensiones o perturbaciones, incluso graves, que afecten a la *seguridad pública*. Por eso, concluye que, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos establecidos en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, el objetivo de protección de la seguridad nacional puede justificar medidas que supongan injerencias en los derechos fundamentales más graves que las que podrían justificar otros objetivos.

[67] Por todas, sentencia Subdelegación del Gobierno en Toledo, apartado 53. Otras sentencias son aún más explícitas al señalar que, en el contexto del artículo 20 TFUE, la apreciación de la situación del nacional del tercer país no puede obviar el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se enuncia en el artículo 7 de la Carta; y que este precepto, en su caso, deberá ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la propia Carta. Véase, por ejemplo, las sentencias Rendón Marín, apartado 81; y K.A. y otros, apartado 90.

[68] Me parece relevante insistir en que el margen de apreciación de los Estados miembros sería distinto en otros ámbitos. Cuando está en juego el artículo 20 TFUE, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se infiere que la lógica propia al estatuto de ciudadanía se impone, desplazando la vigente en materia de inmigración (que, como he señalado más atrás, tampoco es una sola). Una exposición de este fenómeno ha sido realizada ya en otras conclusiones, como las del abogado general Szpunar en el asunto Fahimian (C-544/15, EU:C:2016:908), o las más recientes del abogado general Pikamäe en el asunto Stadt Frankfurt am Main (C-18/19, EU:C:2020:130), así como en los asuntos acumulados Minister van Buitenlandse Zaken (C-225/19 y C-226/19, EU:C:2020:679), a las que me remito.

[69] Sentencias Rendón Marín, apartado 82; y K.A. y otros, apartado 91. Aun cuando los Estados miembros siguen estando mejor situados para evaluar las amenazas al orden público o a la seguridad pública en su territorio, el alcance de estas nociones no es ajeno al control de las instituciones de la Unión: sentencia Rendón Marín, apartado 81; y Subdelegación del Gobierno en Toledo, apartados 78 y ss.

[70] Desde la sentencia Rendón Marín; K.A. y otros, apartado 91, y punto dos del dispositivo, *in fine*.

peligrosidad actual del interesado para la sociedad, la edad de los niños de que se trate y su estado de salud, así como su situación familiar y económica».[71]

104. Realizado el examen de esas circunstancias, si la ponderación otorga aún prevalencia a los riesgos para la seguridad pública o, con mayor razón, para la seguridad nacional,[72] confirmada por las autoridades del Estado miembro y, eventualmente, por los tribunales que revisan sus decisiones, queda expedita la vía para adoptar una prohibición de entrada contra el nacional del tercer país.

3. En el asunto de autos

105. Aunque atañe al tribunal de renvío corroborarlo, habida cuenta de las observaciones presentadas por las partes y del conjunto de circunstancias, me atrevería a afirmar que existe entre M. D. y su hijo menor, nacional húngaro, una relación de dependencia apta para que aquel pueda aspirar a un derecho de residencia derivado, al amparo del artículo 20 TFUE.

106. Discrepo, en particular, del Gobierno húngaro cuando sostiene, para negar la existencia de esa relación de dependencia, que la madre del menor también vive en Hungría y está obligada a proveer a su manutención, como titular de la patria potestad.[73]

107. M. D. poseía un título de residencia en Eslovaquia, que al parecer le ha sido retirado. Por ello, es lícito pensar que negarle la residencia en Hungría traería, como consecuencia, que su hijo menor debiera abandonar el territorio de la Unión en su conjunto.

108. No obstante, aun cuando M. D. pudiera ser titular de un derecho de residencia derivado conforme al artículo 20 TFUE, cabría prohibirle la entrada y estancia en Hungría por razones de seguridad nacional, como ya he avanzado, si tras la ponderación de las circunstancias a la que me acabo de referir, obligada en virtud del derecho de la Unión, el resultado abocara indefectiblemente a dar prioridad a aquellas razones.

109. No poseo todos los datos relevantes para tal ponderación, que corresponde realizar a las autoridades húngaras y a los órganos judiciales que revisan sus decisiones.[74]

71 Sentencia K.A. y otros, apartado 94. La sentencia Subdelegación del Gobierno en Toledo, apartado 53, añade como elementos que pueden ser considerados el grado de severidad de las condenas, y el tiempo transcurrido entre la fecha en la que fueron pronunciadas y la fecha en la que la autoridad resuelve.

72 Lo que estimo que ocurrirá, con bastante probabilidad, en no pocos casos, por la naturaleza de los intereses agrupados bajo la noción «seguridad nacional».

73 Véanse las sentencias de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros (C-133/15, EU:C:2017:354), apartado 71; y Subdelegación del Gobierno en Toledo, apartado 67.

74 Aunque en un ámbito no coincidente, pero sí próximo, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado recientemente (sentencia de 22 de septiembre de 2022, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság y otros, C-159/21, EU:C.2022:708) en respuesta a otro reenvío del Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital), sobre las apreciaciones, sujetas a la revisión jurisdiccional, cuando tienen como antecedente dictámenes de las autoridades competentes en materia de seguridad nacional: los preceptos del derecho de la Unión analizados en esa sentencia «[…] se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando los órganos encargados de ejercer funciones especializadas relacionadas con la seguridad nacional hayan constatado mediante dictamen no motivado que una persona constituye una amenaza para dicha seguridad, la autoridad decisoria está obligada sistemáticamente a denegar la protección subsidiaria a dicha persona o a retirarle una protección internacional concedida previamente, basándose en ese dictamen».

D. Introducción de una descripción en el SIS II. Proporcionalidad

110. Las dudas del tribunal *a quo* se ciñen, en lo que aquí importa, al enjuiciamiento de la prohibición de entrada y no a su ulterior inscripción en el SIS II.

111. Por si el Tribunal de Justicia entendiera que, pese a ese silencio del órgano judicial de reenvío, podría ser útil facilitarle alguna indicación sobre el reflejo de la prohibición de entrada en el SIS II, expondré mi opinión al respecto.

112. El conocimiento de la interdicción de entrada por los demás Estados miembros es preciso a fin de que despliegue su efecto en la práctica.[75] Para facilitar a unos Estados miembros el acceso a la información sobre las prohibiciones acordadas por otros al hilo de decisiones de retorno, estas últimas *podrán* tener reflejo en el SIS II,[76] al amparo del Reglamento n.º 1987/2006,[77] siempre que concurran, además, dos condiciones:

– La decisión de la que resulta la descripción fue adoptada por la autoridad competente (administrativa o judicial) dentro del respeto de los procedimientos previstos por la legislación nacional, tras una evaluación del supuesto concreto.[78]

– El Estado miembro informador ha concluido que el caso es «adecuado, pertinente e importante como para justificar la introducción de la descripción en el SIS II».[79]

113. Supeditada a las mismas condiciones, la introducción de una descripción en el SIS II a efectos de la denegación de entrada y estancia es, sin embargo, obligatoria, «cuando la decisión […] se base en la amenaza que para el orden público o la seguridad nacional pueda constituir la presencia de un nacional de un tercer país en el territorio de un Estado miembro» (artículo 24, apartado 2, del Reglamento n.º 1987/2006).[80]

114. La introducción está, pues, sujeta en todo caso al requisito de proporcionalidad del artículo 21 del Reglamento n.º 1987/2006. Aunque el Reglamento no lo enuncie, la utilidad de la valoración requiere que se lleve a cabo antes de introducir la descripción de que se trate.[81]

75 El SIS II está concebido para procurar tal conocimiento a los Estados conectados al sistema. La Directiva 2008/115 no regula la introducción de descripciones en él.

76 El carácter potestativo de la introducción resulta del verbo empleado en el artículo 24, apartado 3, del Reglamento n.º 1987/2006, en los supuestos a los que él mismo se refiere. Lo corrobora el considerando vigésimo quinto de la Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2017, L 66, p. 15), así como su punto 24, letra c). La introducción ha pasado a ser obligatoria a tenor del artículo 24, apartado 1, letra b), del Reglamento 2018/1861.

77 La interpretación usual del artículo 24, apartado 3, del Reglamento n.º 1987/2006 sostiene su correspondencia con la Directiva 2008/115, a pesar de las incoherencias que se aprecian entre los textos, denunciadas por la doctrina y también por la Comisión en la evaluación del SIS II, relativas a la falta de armonización de los criterios para la introducción de descripciones. Véase el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la evaluación del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) de conformidad con el artículo 24, apartado 5, el artículo 43, apartado 3 y el artículo 50, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 1987/2006 y el artículo 59, apartado 3, y el artículo 66, apartado 5, de la Decisión n.º 2007/533/JAI [COM(2016) 880 final], punto 4.4.2. Véase también el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que lo acompaña [SWD(2016) 450 final], punto 7.3.

78 Artículo 24, apartado 1, del Reglamento n.º 1987/2006.

79 Imperativo de proporcionalidad: artículo 21 del Reglamento n.º 1987/2006.

80 *Supra*, nota 40.

81 Discrepo de la postura defendida por el Gobierno húngaro en la vista, conforme a la que la atención a estos factores, en circunstancias como las de autos, solo cabe a través del control jurisdiccional posterior a la introducción. El artículo 21, apartado 1, del Reglamento 2018/1861, incluye esa precisión temporal.

115. Ese requisito se justifica porque la inserción de una descripción relativa a la denegación de entrada es apta para afectar derechos, incluso fundamentales,[82] de las personas. Acarrea unas obvias consecuencias sobre el acceso al espacio Schengen[83] y, en conexión con ellas, al menos potencialmente, sobre otros derechos, como el relativo al respeto a la vida privada y familiar.

116. Sin embargo, la aplicación del principio de proporcionalidad a la introducción de descripciones en el SIS II cuando es obligatoria (por virtud del artículo 24, apartado 2, del Reglamento n.º 1987/2006) ha de matizarse. Podría defenderse que, en tales supuestos, el propio legislador de la Unión ha realizado *ex ante* el juicio de proporcionalidad para las graves conductas a que el precepto se refiere.

117. Añadiré que, en cualquier caso, la valoración de proporcionalidad impuesta por el artículo 21 del Reglamento n.º 1987/2006 se ciñe a la introducción de la descripción: no atañe a la resolución (la prohibición) sobre cuya base se emite esta última.[84]

118. Un resultado negativo del análisis de proporcionalidad puede llevar, en último extremo, a que se descarte la introducción de la descripción en el SIS II a efectos de denegación de entrada.

119. En esa hipótesis, la decisión subyacente a la descripción se mantiene vigente, pese a todo. Si se trata de una prohibición de entrada contra un nacional de un tercer país por constituir una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales, también se mantiene inalterada su vocación «paneuropea», aun cuando la ausencia de inscripción dificulte su conocimiento por parte de los demás Estados del espacio Schengen.

V. Conclusión

120. En atención a lo expuesto, sugiero responder a las preguntas prejudiciales primera y segunda del Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría) en estos términos:

«La Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, ha de interpretarse en el sentido de que:

No se aplica cuando las autoridades de un Estado miembro dictan una prohibición de entrada y estancia contra uno de esos nacionales que no se halla en su territorio y contra el que no han adoptado una decisión de retorno, por considerar que puede suponer una amenaza para la seguridad nacional. En esa misma medida, tampoco se aplica la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[82] Comporta, entre otros efectos, el tratamiento de datos personales. Garantizar el derecho a la protección de esos personales es una preocupación de primer orden en todos los instrumentos que regulan el SIS II, que dedican a este aspecto disposiciones específicas.

[83] Previstas en el artículo 14, apartado 1 del Código de fronteras Schengen. En realidad, esas consecuencias derivan de la decisión en que se basa la descripción contenida en el SIS II, más que de la introducción de tal descripción en este sistema: véase la sentencia de 16 de enero de 2018, E (C-240/17, EU:C:2018:8) apartado 43. El papel del SIS II es instrumental: sirve a la información entre Estados miembros sobre decisiones que interesan a todos. Es innegable, no obstante, que la introducción facilita (y potencia) el despliegue de los efectos de tales decisiones.

[84] La cuestión es, pues, cómo afectaría a derechos fundamentales del nacional de un tercer país el que conste una descripción sobre él en el SIS II; no, en cambio, cómo afecta a esos derechos la interdicción de entrada y estancia que da base a aquella. No obstante, soy consciente de que, dada la resonancia que el SIS II aporta a las prohibiciones, es fácil pasar de un plano a otro inadvertidamente.

El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, antes de dictar la referida prohibición de entrada y estancia, las autoridades del Estado miembro han de sopesar las circunstancias personales y familiares de la persona cuya entrada y estancia se prohíbe, cuando sea progenitor de un menor que tiene la nacionalidad de ese Estado miembro, así como la incidencia de la prohibición en el disfrute de los derechos inherentes a, o derivados de, la ciudadanía europea».