Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 12 de febrero de 2015 [1]

Asunto C-554/13

Z. Zh. y O.
contra
Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State (Países Bajos)]

«Espacio de libertad, seguridad y justicia — Directiva 2008/115/CE — Normas y procedimientos comunes de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular — Artículo 7, apartado 4 — Decisión de denegación de un plazo de salida voluntaria — Riesgo para el orden público»

1. La Directiva 2008/115/CE [2] establece normas y procedimientos comunes que los Estados miembros deben adoptar a efectos del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular desde la Unión Europea a, por ejemplo, su país de origen. Tras dictar una decisión en virtud de dicha Directiva, el Estado miembro de que se trate debe conceder a la persona afectada un plazo adecuado (de entre siete y treinta días) de salida voluntaria. No obstante, los Estados miembros pueden establecer excepciones a dicha norma en virtud del artículo 7, apartado 4, absteniéndose de conceder ese plazo (o concediendo un plazo inferior a siete días) en determinadas circunstancias, incluida la de que la persona de que se trate represente un riesgo para el orden público. [3]

2. En su petición de decisión prejudicial el Raad van State (Consejo de Estado) (Países Bajos) solicita orientación al Tribunal de Justicia sobre el significado del artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno, en particular, sobre el sentido de la expresión «representa un riesgo para el orden público».

1 — Lengua original: inglés.

2 — 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 L 348, p. 98; en lo sucesivo, «Directiva retorno»).

3 — Véanse los puntos 13 y 33 *infra*.

Derecho de la Unión

El acervo Schengen

3. El espacio Schengen se basa en el Acuerdo de Schengen de 1985,[4] en virtud del cual los Estados firmantes eliminaron las fronteras interiores y establecieron una única frontera exterior. En el seno del espacio Schengen se aplican normas y procedimientos comunes en relación, entre otras cuestiones, con los controles fronterizos. El artículo 1 del Convenio de aplicación[5] define como «extranjero» a toda persona que no sea nacional de un Estado miembro.[6] El artículo 4, apartado 1, establece que los pasajeros de un vuelo interior que embarquen en un vuelo con destino a terceros Estados serán sometidos a un control en el aeropuerto de salida del vuelo exterior. El artículo 5, apartado 1, dispone que, cuando la persona de que se trata cumpla determinadas condiciones, como poseer un documento o documentos válidos que le permitan el cruce de la frontera [artículo 5, apartado 1, letra a)], o no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes [artículo 5, apartado 1, letra e)], se podrá autorizar su entrada en el territorio de las Partes contratantes para estancias que no excedan de tres meses. No obstante, en principio, las Partes contratantes deben denegar la entrada a cualquier persona que no cumpla las condiciones recogidas en el artículo 5, apartado 1.[7] La circulación transfronteriza en las fronteras exteriores está sometida a inspecciones por parte de las autoridades nacionales competentes de conformidad con los principios uniformes enumerados en el artículo 6, apartado 2.[8] Dichos principios incluyen no sólo la comprobación de los documentos de viaje y de las restantes condiciones de entrada, de residencia, de trabajo y de salida, sino también la investigación y la prevención de peligros para la seguridad nacional y el orden público de las Partes contratantes.[9]

4. El Sistema de Información de Schengen (en lo sucesivo, «SIS») se creó en virtud del artículo 92 del Convenio de aplicación. Dicho sistema permite a los Estados miembros obtener información sobre «descripciones» de personas y de objetos, entre otras cosas, para efectuar controles fronterizos. Uno de los objetivos del SIS es mantener el orden y la seguridad públicos, lo que incluye la seguridad nacional.[10] Si se niega la entrada al espacio Schengen a una persona, sus datos se introducirán en el SIS 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.[11] Las decisiones podrán basarse en la amenaza para el orden o la seguridad públicos o la seguridad nacional que pueda constituir la presencia de dicha persona en el territorio nacional en cuestión.[12] Así ocurre, en particular, cuando la persona en cuestión ha sido condenada por un delito sancionado con una pena privativa de libertad de un año como mínimo,[13] o cuando existan razones serias para creer que ha cometido hechos delictivos graves o cuando existan indicios reales de que piensa cometer tales hechos en el espacio Schengen.

4 — Acuerdo 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 14 de junio de 1985 (DO 2000, L 239, p. 13).

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 (DO 2000, L 239, p. 19; en lo sucesivo, «Convenio de aplicación»).

6 — En los siguientes puntos de las presentes conclusiones utilizaré la expresión «nacional de un tercer país» como sinónimo del término «extranjero» porque éste último no se utiliza en ninguna de las normas objeto de este procedimiento.

7 — Artículo 5, apartado 2.

8 — Artículo 6, apartado 1.

9 — Artículo 6, apartado 2.

10 — Artículo 93.

11 — Artículo 96, apartado 1.

12 — Artículo 96, apartado 2.

13 — Artículo 96, apartado 2, letras a) y b).

5. El Reglamento por el que se establece el Código de fronteras Schengen [14] define a la «persona inscrita como no admisible» como «todo nacional de un tercer país inscrito en el [SIS] de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 del Convenio de [aplicación]». [15] El artículo 2, número 5, define a los beneficiarios del derecho a la libre circulación en el territorio de la Unión Europea como los ciudadanos de la Unión, en el sentido del artículo 20 TFUE, apartado 1, así como los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que ejerzan su derecho a circular libremente y a los que se aplique la Directiva 2004/38/CE. [16]

Directiva retorno

6. Las normas y procedimientos comunes establecidos en la Directiva retorno deben aplicarse, entre otras cosas, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión. [17]

7. La Directiva retorno tiene su origen en dos Consejos Europeos. El primero de ellos, celebrado en Tampere los días 15 y de 16 de octubre de 1999, estableció un planteamiento coherente de la inmigración y el asilo. [18] El segundo, el Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004, pidió que se estableciera una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad. [19] El objetivo general de la Directiva es establecer normas claras, transparentes y justas para implantar una política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada. [20] Así, la Directiva retorno contiene normas aplicables a todos los nacionales de terceros países que no cumplen o que han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en un Estado miembro. [21] La expulsión de un nacional de un tercer país en situación irregular del territorio de un Estado miembro debe llevarse a cabo mediante un procedimiento justo y transparente. De conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, las decisiones que se tomen en el marco de la Directiva retorno 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. [22] Sin embargo, es legítimo que los Estados miembros hagan retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular, siempre y cuando existan sistemas de asilo justos y eficientes que respeten plenamente el principio de no devolución. [23] En los casos en que no haya razones para creer que el retorno voluntario vaya a dificultar el objetivo del procedimiento de retorno, debe preferirse el retorno voluntario al forzoso y concederse un plazo para la salida voluntaria. Debe preverse una ampliación del plazo para la salida voluntaria cuando se considere necesario debido a las circunstancias específicas del caso concreto. [24] Asimismo, debe abordarse la situación de los nacionales de terceros países que están en situación irregular pero que todavía no pueden ser expulsados. Además, se atribuye una dimensión europea a los efectos de las medidas

14 — Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO L 105, p. 1), recientemente revisado por el Reglamento (UE) nº 1051/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 (DO L 295, p. 1). Aunque el Gobierno neerlandés se ha referido a modificaciones posteriores en sus observaciones escritas, no las he indicado aquí porque no son relevantes, dado que entraron en vigor después del momento en que se produjeron los hechos pertinentes para el litigio principal.

15 — Artículo 2, número 7.

16 — 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) nº 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; en lo sucesivo, «Directiva de ciudadanía»).

17 — Artículo 1 y vigésimo cuarto considerando.

18 — Primer considerando.

19 — Segundo considerando.

20 — Cuarto considerando.

21 — Quinto considerando.

22 — Sexto considerando.

23 — Octavo considerando.

24 — Décimo considerando.

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. [25] Los Estados miembros deben poder acceder rápidamente a la información sobre prohibiciones de entrada expedidas por otros Estados miembros, de conformidad con el Reglamento SIS II. [26]

8. La Directiva retorno se aplica a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. [27] No se aplica a los beneficiarios del derecho de la UE a la libre circulación, con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen. [28]

9. Resultan pertinentes las definiciones siguientes, contenidas en el artículo 3 de la Directiva retorno:

«1) "nacional de un tercer país" cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Tratado y que no sea un beneficiario del derecho [de la Unión] a la libre circulación con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen;

2) "situación irregular" la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro;

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

— su país de origen, o

— un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión [de la Unión] o bilaterales o de otro tipo, u

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

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

[…]

6) "prohibición de entrada" una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se prohíba la entrada y la estancia en el territorio de los Estados miembros por un período de tiempo determinado, unida a una decisión de retorno;

[…]

8) "salida voluntaria" el cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno;

25 — Considerando 14.

26 — Considerando 18. En ese considerando, el legislador menciona la modificación posterior del Código de fronteras Schengen (véase la nota 14 *supra*).

27 — Artículo 2, apartado 1.

28 — Artículo 2, apartado 3: véase el punto 5 *supra*. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la Directiva retorno a las categorías de nacionales de terceros países enumeradas en el artículo 2, apartado 2.

[…]».

10. Los Estados miembros conservan el derecho a adoptar disposiciones que sean más favorables, a condición de que sean compatibles con la Directiva. [29]

11. En virtud del artículo 5, al aplicar la Directiva retorno, los Estados miembros deben tener debidamente en cuenta determinados factores relativos al nacional de un tercer país interesado, incluida su vida familiar, su estado de salud y el respeto del principio de no devolución.

12. El artículo 6, apartado 1, exige a los Estados miembros dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio. [30]

13. El artículo 7 tiene el siguiente tenor:

«1. La decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4. Los Estados miembros podrán disponer en su legislación nacional que este plazo se concederá únicamente a petición del nacional de un tercer país interesado. En tal caso, los Estados miembros informarán a los nacionales de terceros países de que se trate de la posibilidad de presentar una solicitud en este sentido.

El plazo establecido en el párrafo primero no excluirá la posibilidad para los nacionales de terceros países de una salida anticipada.

2. Los Estados miembros prorrogarán cuando sea necesario el plazo de salida voluntaria durante un tiempo prudencial, atendiendo a las circunstancias concretas del caso de que se trate, como son la duración de la estancia, la existencia de niños escolarizados y la existencia de otros vínculos familiares y sociales.

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

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

14. De conformidad con el artículo 8, apartado 1, los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4.

15. Según el artículo 11, las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o si la obligación de retorno no se ha cumplido. [31] La duración de la prohibición de entrada debe determinarse con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años. Podrá sin embargo exceder de cinco años si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. [32]

29 — Artículo 4.

30 — Esa obligación se entiende sin perjuicio de las excepciones contempladas en el artículo 6, apartados 2 a 5.

31 — Artículo 11, apartado 1.

32 — Artículo 11, apartado 2.

Los Estados miembros disponen de cierto margen de discrecionalidad en la medida en que pueden abstenerse de dictar, revocar o suspender una prohibición de entrada en casos concretos, por motivos humanitarios, o revocar o suspender una prohibición de entrada en casos concretos o para determinados tipos de casos, por otros motivos.

16. En virtud del artículo 14, los Estados miembros deben velar por que se tengan en cuenta determinados principios en relación con los nacionales de terceros países durante el plazo para la salida voluntaria. Tales principios consisten en mantener la unidad familiar con los miembros de la familia presentes en el territorio del Estado miembro en cuestión; prestar atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades; conceder acceso para los menores, en función de la duración de su estancia, al sistema de enseñanza básica, y tomar en consideración las necesidades especiales de las personas vulnerables.

Normativa nacional

17. La Vreemdelingenwet 2000 (Ley de extranjería; en lo sucesivo, «Vw 2000») establece que el nacional de un tercer país que no resida legalmente (o deje de residir legalmente) en los Países Bajos dispone de un plazo de veintiocho días para abandonar de forma voluntaria su territorio.[33] El Staatssecretaris (en lo sucesivo, «Secretario de Estado»)[34] podrá reducir el plazo de salida o declarar que la persona en cuestión debe salir de inmediato de los Países Bajos si, *inter alia*, representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

18. Con efectos a partir del 9 de febrero de 2012, la Vreemdelingencirculaire 2000 (Circular de extranjería; en lo sucesivo, «Circular de 9 de febrero de 2012») establecía que el plazo para salir del país previsto en el artículo 62, apartado 2, de la Vw 2000 puede reducirse o bien no concederse si el extranjero representa un riesgo (gevaar) para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. De conformidad con la Circular de 9 de febrero de 2012, tendrá la consideración de riesgo para el orden público toda sospecha o condena por un hecho tipificado como delito conforme al Derecho nacional. Las sospechas deberán poder ser confirmadas por el jefe del cuerpo de policía.[35]

Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales.

19. El 8 de junio de 2011, el Sr. Zh. llegó al aeropuerto de Schiphol en un vuelo desde Grecia, con destino final en Canadá. Fue arrestado mientras se encontraba en tránsito en los Países Bajos por viajar con un documento de viaje falso. El 21 de junio de 2011 fue condenado, por hallarse en posesión de un documento de viaje del cual sabía que estaba falsificado, a una pena privativa de libertad de dos meses con arreglo al Código penal neerlandés. El 4 de agosto de 2001, el Secretario de Estado ordenó al Sr. Zh. que abandonara inmediatamente la Unión Europea (es decir, sin conceder un período de salida conforme a lo dispuesto en el artículo 62, apartado 1, en relación con el artículo 62, apartado 2, de la Vw 2000). Tras la expiración de la pena privativa de libertad, el Sr. Zh. fue objeto de una medida de internamiento antes de ser devuelto a China. El 2 de septiembre de 2011, el Secretario de Estado ratificó la decisión de retorno en el caso del Sr. Zh.

33 — Artículo 61, apartado 1, en relación con el artículo 62, apartado 2.

34 — Con arreglo a la resolución de remisión, el Secretario de Estado adopta la decisión de reducir el plazo de salida. Sin embargo, a partir de las observaciones escritas del Gobierno neerlandés, deduzco que, sobre el particular, la disposición pertinente de la Vw 2000 se refiere al Ministro.

35 — La Circular de 9 de febrero de 2012 también indica que la existencia de un «acuerdo extrajudicial» en relación con un delito también tendrá la consideración de riesgo para el orden público. Interpreto el «acuerdo extrajudicial», indicado en el texto en neerlandés con las expresiones «*een schikking*» o «*een transactie*», en el sentido de que constituye un acuerdo para resolver una cuestión, en el marco de un procedimiento penal, de forma extrajudicial.

20. El 8 de noviembre de 2011, el Rechtbank ratificó la decisión del Secretario de Estado. El Sr. Zh. ha recurrido dicha sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente. El 14 de diciembre de 2011 se levantó la medida de internamiento impuesta al Sr. Zh., porque, entretanto, había sido expulsado del territorio de los Países Bajos.

21. El 16 de enero de 2011, el Sr. O., también nacional de un tercer país, entró en los Países Bajos con un visado de estancia de corta duración con un período de validez de 21 días. El 23 de noviembre de 2011, fue detenido al existir sospechas de maltrato a una mujer en el ámbito familiar. El 24 de noviembre de 2011, fue sometido a una medida de internamiento antes de su expulsión y se le ordenó que abandonara la Unión Europea inmediatamente. El 17 de enero 2012, el Secretario de Estado ratificó la decisión de 24 de noviembre de 2011 sobre la base de que el Sr. O. había sido arrestado al existir sospechas de que había cometido un delito. Por tanto, representaba un riesgo para el orden público y no tenía derecho a que se le concediera un plazo para abandonar de forma voluntaria el territorio de los Países Bajos. El 1 de febrero de 2012, el Rechtbank admitió el recurso del Sr. O y revocó la decisión del Secretario de Estado. El Secretario de Estado interpuso recurso contra dicha resolución ante el órgano jurisdiccional remitente. El 23 de febrero de 2012 se levantó la medida de internamiento impuesta al Sr. O. porque, entretanto, había sido expulsado del territorio de los Países Bajos.

22. El órgano jurisdiccional remitente considera que la expresión «un riesgo para el orden público» contenida en el artículo 7, apartado 4, representa un concepto autónomo del Derecho de la Unión y que, para analizar su contenido, es preciso examinar si existe algún tipo de orientación al respecto en la interpretación de los conceptos de orden público contenidos en otros actos de la Unión, como el artículo 27, apartado 1, de la Directiva de ciudadanía, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2003/109/CE [36] y el artículo 6, apartados 1 o 2, de la Directiva 2003/86/CE (en lo sucesivo, «tres Directivas»). [37] Sin embargo, a la luz de las diferencias significativas existentes entre esas Directivas y la Directiva retorno en lo que respecta a sus objetivos, contexto y tenor, el órgano jurisdiccional remitente considera que, para interpretar el concepto de orden público establecido en la Directiva retorno, no puede aplicar sin más los conceptos contenidos en las tres Directivas por analogía. Además, en el sistema de la Directiva retorno, la no concesión de un período de salida voluntaria es la medida menos restrictiva. Pues bien, es posible que la expresión «riesgo para el orden público», según se emplea en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno, deba interpretarse de un modo más amplio que la expresión «razones de orden público» contenida en las tres Directivas, de modo que es más fácil que un nacional de un tercer país quede comprendido en el ámbito de esa expresión de la Directiva retorno. En tal caso, basta la mera sospecha de haber cometido un delito.

23. En estas circunstancias, el Raad van State solicita al Tribunal de Justicia orientación sobre las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Un nacional de un tercer país que se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro, ¿representa un riesgo para el orden público en el sentido del artículo 7, apartado 4, de la [Directiva retorno], simplemente por ser sospechoso de haber cometido un hecho tipificado como delito conforme al Derecho nacional, o para ello es necesario que haya sido condenado por un juez de lo penal por la comisión de tal hecho y, en este último caso, que la condena sea irrevocable?

2) Al apreciar si un nacional de un tercer país que se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro representa un riesgo para el orden público en el sentido del artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno, ¿inciden, además de una sospecha o de una

36 — Directiva del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO 2004, L 16, p. 44; en lo sucesivo, «Directiva de residentes de larga duración»).

37 — Directiva del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251, p. 12; en lo sucesivo, «Directiva de reagrupación familiar»).

condena, otros hechos y circunstancias del caso, tales como la gravedad y la naturaleza del hecho tipificado como delito conforme al Derecho nacional, el transcurso del tiempo y la intención de la persona interesada?

3) Los hechos y circunstancias del asunto pertinentes para la apreciación mencionada en la cuestión 2, ¿inciden de algún modo en la posibilidad, ofrecida en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno, en el caso de que la persona interesada represente un riesgo para el orden público en el sentido de dicho apartado, de poder optar entre, por un lado, la no concesión de un plazo para la salida voluntaria y, por otro lado, la concesión de un plazo para la salida voluntaria inferior a siete días?»

24. Han presentado observaciones escritas el Sr. Zh., Bélgica, Chequia, Francia, Grecia, Países Bajos, Polonia y la Comisión Europea. El Sr. Zh., Bélgica, Países Bajos, Polonia y la Comisión formularon observaciones orales en la vista celebrada el 15 de octubre de 2014.

Observaciones preliminares

25. No se discute que tanto el Sr. Zh. como el Sr. O. están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva retorno en su condición de nacionales de terceros países en situación irregular a los efectos del artículo 3, apartados 1 y 2. Según el artículo 7, apartado 1, de esa Directiva, el principio general es que dichas personas tienen derecho a que se les conceda un plazo de entre siete y treinta días para regresar voluntariamente a su país de origen. Este derecho sólo puede limitarse en virtud de una de las excepciones previstas en el artículo 7, apartado 4, como la excepción relativa al riesgo para el orden público.

26. Dado que tanto el Sr. Zh. como el Sr. O. han sido ya expulsados de los Países Bajos, la incidencia que para ellos puede tener el presente procedimiento es que, en caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que las decisiones por las que se denegó la concesión de un período de salida voluntaria fueron ilegales, podrán interponer demandas por daños y perjuicios contra las autoridades neerlandesas por internamiento ilegal. En el caso del Sr. Zh., la eventual demanda cubriría el período comprendido entre la finalización de su condena de prisión por viajar con documentación falsa y la fecha de su expulsión. En lo referente al Sr. O., su eventual demanda cubriría el período durante el que permaneció internado antes de su expulsión. [38]

Sobre la primera cuestión prejudicial

27. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se aclare el significado de la expresión «representa un riesgo para el orden público» contenida en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno. Solicita que se dilucide si un nacional de un tercer país en situación irregular en el territorio de un Estado miembro representa ese riesgo cuando simplemente es sospechoso de haber cometido un delito con arreglo a la legislación nacional de dicho Estado miembro, o si es necesario que haya sido condenado por la comisión de un delito y, en ese caso, que la condena sea irrevocable (es decir, que no pueda interponerse recurso alguno).

38 — Al parecer el Sr. Zh. ya ha iniciado dicho procedimiento. El Sr. O. aún puede decidir hacerlo.

28. El concepto y el significado de una «excepción de orden público» para las libertades garantizadas por el Derecho de la Unión no es nuevo. Surgió por vez primera hace cuarenta años en relación con asuntos relativos a la libre circulación de trabajadores.[39] Recientemente ha incidido en la libre circulación de ciudadanos de la Unión.[40] El artículo 45 TFUE, apartado 3, permite a los Estados miembro limitar la libre circulación de trabajadores por razones de orden público, seguridad y salud públicas. La versión en francés del artículo 45 TFUE, apartado 3, hace referencia a «des raisons d'ordre public». Sin embargo, en la versión en inglés se utiliza la expresión «public policy».[41] En cambio, la expresión «ordre public» contenida en la versión en francés del Convenio Europeo de Derechos Humanos[42] se ha traducido al inglés como «public order».[43]

29. Le expresión «public order» no es sinónima de «public policy».

30. La expresión «public order» engloba en sentido amplio los delitos o actos que interfieren en las dinámicas de la sociedad, como en la sentencia Oteiza Olazábal.[44] En 1988, el Sr. Oteiza Olazábal, nacional español de origen vasco residente en Francia, fue condenado a dieciocho meses de prisión y a cuatro años de prohibición de residencia por asociación ilícita con objeto de alterar el orden público («ordre public») mediante la intimidación o el terror. En 1996 decidió trasladarse desde la región de Île-de-France (cercana a París) al departamento de Pyrénées-Atlantique, fronterizo con España. La policía francesa disponía de información según la cual seguía manteniendo relaciones con ETA. Las autoridades francesas intentaron limitar sus movimientos en Francia prohibiéndole residir en treinta y un departamentos para asegurarse de que no se encontrara cerca de la frontera española. El Tribunal de Justicia consideró que la medida adoptada por las autoridades francesas estaba comprendida en el ámbito de la excepción a la libre circulación de trabajadores entonces prevista en el artículo 48, apartado 3, del Tratado (actualmente artículo 45 TFUE, apartado 3) por razones de orden público («ordre public»).

31. El concepto de «public policy» es más amplio que el de «public order», en la medida en que se considera que incluye tanto los actos contrarios al orden público (como en el asunto Oteiza Olazábal) como los que son contrarios al espíritu de la ley. Pues bien, en el asunto Van Duyn[45] las autoridades británicas denegaron con razón la solicitud de permiso de trabajo de la Sra. Van Duyn para poder ocupar un cargo en la Iglesia de la Cienciología, alegando que resultaría contrario al «public policy» o a lo que el Tribunal de Justicia describió, utilizando (de nuevo) otras palabras, como «interés general».[46]

39 — Sentencias Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133), apartado 18; Rutili (36/75, EU:C:1975:137), apartados 26 y ss., y Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172), apartados 33 y ss.

40 — Véanse, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:322), punto 60.

41 — Esta diferencia lingüística también persiste en diversos actos de Derecho derivado, incluidos los citados expresamente por el órgano jurisdiccional remitente (véase el punto 22 *supra*).

42 — Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

43 — Véanse el artículo 6, apartado 1, que dispone que podrá prohibirse el acceso a la sala de audiencia a la prensa durante la totalidad o parte del proceso en interés del orden público sin poner el riesgo el derecho a un proceso equitativo; el artículo 9, apartado 2, que establece que la libertad de manifestar su religión está sujeta a restricciones para la protección del orden público, y el artículo 1, apartado 2, del Protocolo nº 7, según el cual no serán de aplicación determinadas garantías procesales en favor de los extranjeros (nacionales de terceros países) en relación con la expulsión cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público.

44 — C-100/01, EU:C:2002:712.

45 — Asunto 41/74, EU:C:1974:133.

46 — Sentencia Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133), apartado 18. Véase, asimismo, la sentencia Shingara y Radiom (C-65/95 y C-111/95, EU:C:1997:300), apartado 13 y 27.

32. El concepto de «public order» está muy presente en el ámbito de la normativa sobre inmigración, como en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno. Todas las versiones lingüísticas de dicha Directiva, a excepción de la inglesa, utilizan un término equivalente al de «ordre public» en lugar de al de «public policy».[47] La expresión «public policy» no figuraba en la propuesta inicial de la Comisión en lengua inglesa sino que fue introducida en una fase relativamente tardía del texto inglés, cuando éste estaba siendo negociado en el Consejo.[48] Por desgracia, no se incluyó ningún considerando que ayude a interpretar dicha disposición explicando su objetivo.

33. A la luz de la normativa de la Unión y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es evidente que la expresión «public policy» se ha utilizado en dicho texto en inglés como equivalente a la expresión francesa «ordre public». Ha de tenerse presente, además, que el Derecho de la Unión utiliza una terminología propia y que los conceptos jurídicos no tienen necesariamente el mismo contenido en el Derecho de la Unión y en los diferentes Derechos nacionales.[49] Para facilitar la tarea del lector, en el presente contexto —el examen de la Directiva retorno—, cuando cite textos que, en inglés, incluyan la expresión «public policy», la sustituiré por la de [public order].

34. El Tribunal de Justicia ha declarado que si bien, esencialmente, los Estados miembros disponen de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, que pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra, las exigencias de [orden público], entre otras, no obstante tales exigencias, en particular, como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, deben interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Unión Europea.[50]

35. Por lo tanto, no existe una definición de contenido exhaustivo del concepto de [orden público]. No sólo es difícil, sino incluso artificial, intentar elaborar una definición, en particular, dado que los Estados miembros conservan un amplio margen de discrecionalidad sobre las circunstancias que justifican el recurso a la excepción de [orden público].[51]

36. En mi opinión, no hay ninguna disposición en la Directiva retorno que indique que la expresión [orden público] debe interpretarse de forma estricta para excluir aquellos actos que resulten contrarios al espíritu de la ley en el ámbito específico de la normativa sobre inmigración. De la jurisprudencia se deriva que el recurso al concepto de orden público para justificar una excepción presenta ciertas características, en la medida en que requiere, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave a las exigencias de [orden público] que afecte a un interés fundamental de la sociedad.[52]

37. A los efectos del artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno la cuestión es si la persona de que se trata representa un *riesgo* para el orden público.

47 — En el momento en que se adoptó la Directiva retorno había 22 lenguas oficiales.

48 — Véase el artículo 6 *bis* (que posteriormente se convirtió en el artículo 7 de la Directiva retorno) del documento del Consejo 7774/08, de 25 de marzo de 2008, 2005/0167 (COD).

49 — Sentencia Cilfit (283/81, EU:C:1982:335), apartado 19.

50 — Sentencia I. (C-348/09, EU:C:2012:300), apartado 23 y la jurisprudencia citada.

51 — Conclusiones del Abogado General Bot en el asunto Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:322), punto 68.

52 — Sentencia Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172), apartado 35. En sus conclusiones presentadas en el asunto Bouchereau, pp. 2024 a 2026 (EU:C:1977:141), el Abogado General Warner estableció una distinción entre las expresiones «public policy» («ordre public» en el entonces Derecho comunitario) y el concepto de Common Law de «public order». Explicó que el concepto de [orden público] es un concepto conocido tanto por los sistemas jurídicos de Derecho civil, como por los que se rigen por la Common Law. En particular, es conocido en la esfera de la inmigración y el asilo. En su opinión se corresponde en la terminología inglesa, al concepto de «public good». El Tribunal de Justicia ha reconocido que el concepto de [orden público] abarca, en particular, la prevención de la violencia en los grandes centros urbanos (sentencia Bonsignore, 67/74, EU:C:1975:34), la lucha contra el tráfico de vehículos robados (sentencia Boscher, C-239/90, EU:C:1991:180), la protección de la potestad de acuñar moneda (sentencia Thompson, 7/78, EU:C:1978:209) el respeto de la dignidad humana (sentencia Omega, C-36/02, EU:C:2004:614) y la justificación de medidas que establecen excepciones a la libre circulación de los propios nacionales de los Estados miembros (sentencia Aladzhov, C-434/10, EU:C:2011:750).

38. Las distintas versiones lingüísticas del artículo 7, apartado 4, no están redactadas en términos idénticos. El texto en francés difiere, por ejemplo, de la versión en inglés, al distinguir entre «risque» y «danger». En la primera parte del artículo 7, apartado 4, que contiene el primer motivo de excepción (que la persona de que se trate pueda fugarse), la versión en francés se refiere al «risque de fuite». Posteriormente, en relación con la excepción de orden público, emplea la expresión «si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public».

39. La versión en inglés emplea en ambos casos el término «risk». Las palabras «danger» o «threat» no son necesariamente sinónimos del término «risk». Resultaría más natural en inglés referirse al «risk of absconding» y a la «threat to [public order]» (en el sentido de que el orden público puede enfrentarse a un peligro por un acto futuro) que indicar que la persona de que se trata constituye un «risk to [public order]».[53] Ello se debe a que la palabra «risk» en inglés es ambigua. Puede significar que es probable que se deriven consecuencias desfavorables de las actuaciones de la persona de que se trate. También puede interpretarse en el sentido de que dicha persona constituye un peligro o una amenaza para el [orden público] (entrañando así una exposición a un peligro). Llegados a este punto, deseo señalar que el artículo 7, apartado 3, establece que, cuando puedan aplicarse medidas (como obligaciones de presentarse) para evitar el «risk» de fuga, ha de privilegiarse el período de salida voluntaria.

40. De las veintidós lenguas reconocidas en la Unión cuando se adoptó la Directiva retorno, once de ellas siguen el modelo francés y distinguen entre el *riesgo* de fuga y *peligro* (o amenaza) para el [orden público].[54] Once de ellas siguen la versión inglesa y utilizan la misma palabra para referirse al riesgo de fuga y al riesgo para el [orden público].[55]

41. Según reiterada jurisprudencia, en caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de una norma de la Unión, la norma de que se trata debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra.[56]

42. En mi opinión el término «risk» contenido en el artículo 7, apartado 3, y en la primera excepción del artículo 7, apartado 4, se usa de forma distinta en la excepción relativa al orden público. En ese contexto, se refiere a la posibilidad de que la persona de que se trata constituya una amenaza futura para el orden público a raíz de sus comportamientos pasados (por ejemplo, la comisión de un delito).

43. Para garantizar que la Directiva retorno se interpreta de conformidad con sus objetivos, es pues necesario, antes de invocar la excepción del artículo 7, apartado 4, establecer si existe una amenaza para el orden público. Los Estados miembros deben demostrar por qué puede poner en peligro la persona en cuestión los intereses de [orden público] que pretenden proteger. Pues bien, la expresión «representa un riesgo para el [orden público]» deben interpretarse en el sentido de «pone en peligro o amenaza el [orden público]».[57] En este sentido, la versión francesa y las versiones lingüísticas que se basan en él son más claras que la versión inglesa.

44. Debe existir un peligro real y suficiente para el orden público para que el Estado miembro pueda aplicar esa excepción. En otras palabras, no basta con que la persona de que se trate haya actuado en contra del orden público. Esta interpretación queda ratificada por el tenor del sexto considerando que dispone, en relación con las decisiones adoptadas al amparo de la Directiva, que se deben tener en

53 — Véase el artículo 11, apartado 2, de la Directiva retorno, en el que se utiliza la palabra «threat».

54 — Las versiones checa, neerlandesa, francesa, húngara, italiana, letona, lituana, polaca, rumana, eslovena y sueca.

55 — Las versiones búlgara, danesa, inglesa, estonia, finlandesa, griega, alemana, maltesa, portuguesa, eslovaca y española.

56 — Sentencia Endendijk (C-187/07, EU:C:2008:197), apartados 22 a 24 y la jurisprudencia citada. Véanse las recientes conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto Bero y Bouzalmate (C-473/13 y C-514/13, EU:C:2014:295), punto 75.

57 — Por lo tanto, en la versión inglesa de las presentes conclusiones se emplean los términos «risk», «danger» y «threat».

cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular. Ello implica que las autoridades competentes deben efectuar una apreciación individualizada del caso y no basarse exclusivamente en el hecho de que la persona se encuentra en situación irregular para adoptar decisiones en virtud de la Directiva.

45. Cuando se invoca el concepto de orden público para justificar una excepción a un derecho conferido por el Derecho de la Unión, dicho concepto debe interpretarse de forma estricta. [58]

46. Desde esta perspectiva, el ámbito de la excepción contenida en el artículo 7, apartado 4, tampoco puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin el control de las instituciones de la Unión. [59] Por consiguiente, no estoy de acuerdo con los Gobiernos neerlandés y polaco, que aducen que la cuestión de la existencia de un riesgo para el orden público es un asunto que debe determinarse exclusivamente con arreglo al Derecho nacional.

47. Es cierto que los respectivos valores culturales, sociales y jurídicos de los Estados miembros deben ser tenidos en cuenta a efectos de definir el orden público. Sin embargo, si el concepto no estuviera sujeto a supervisión en el nivel de la Unión, dichos atributos imaginarios supondrían que los Estados miembros podrían aplicar el orden público privando de eficacia a los derechos garantizados por el Derecho de la Unión. Por tanto, la carga de demostrar por qué existe una amenaza para el orden público en un caso concreto y de aportar motivos que justifiquen el recurso a la excepción establecida en el artículo 7, apartado 4, recae en el Estado miembro que la invoca.

48. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si, para determinar el significado del concepto de [orden público] contenido en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno, puede hallarse orientación en otros actos de la Unión, en particular, en la Directiva de ciudadanía, en la Directiva de residentes de larga duración y en la Directiva de reagrupación familiar. De este modo, en mi opinión, básicamente pregunta si las reglas para examinar la excepción de [orden público] prevista en esas tres Directivas deben aplicarse por analogía al análisis que se realice en virtud del artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno.

49. Todas las partes que han presentado observaciones están de acuerdo en que las tres Directivas no pueden aplicarse por analogía para interpretar el artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno. Coincido con esta opinión en lo que respecta a la comparación literal de las Directivas. Cada una de ellas difiere de la Directiva retorno en lo que atañe a su tenor literal, ámbito y objetivos. La expresión [orden público] no está definida en ninguna de ellas. Sin embargo, todas ellas establecen que deben tenerse en cuenta determinados factores cuando se invoca la excepción de orden público.

50. El artículo 27, apartado 1, de la Directiva de ciudadanía prevé que los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de [orden público], seguridad pública o salud pública. Dichas medidas deben ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado (artículo 27, apartado 2). La existencia de condenas penales anteriores no constituye por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que

58 — Véanse, por ejemplo, la jurisprudencia citada en la nota 39 *supra*, y la sentencia Bero y Bouzalmate (C-473/13 y C-514/13, EU:C:2014:2095), apartado 25.

59 — Véanse el punto 34 y la nota 50 *supra*.

afecte a un interés fundamental de la sociedad.[60] En ese contexto, el artículo 28[61] de esa Directiva confiere expresamente protección frente a las decisiones de expulsión por razones, en particular, de [orden público]. La duración de la residencia constituye un factor a tener en cuenta para determinar el nivel de protección frente a dicha decisión.

51. El objetivo de la Directiva de residentes de larga duración es integrar a los nacionales de terceros países que residen legalmente de forma permanente en el territorio de un Estado miembro (durante cinco años) para promover un objetivo fundamental de los Tratados, a saber, la cohesión económica y social.[62] De conformidad con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva de residentes de larga duración, los Estados miembros pueden denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de [orden público] o de seguridad pública. Al adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro debe tomar en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el [orden público] o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión,[63] teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia.[64]

52. La Directiva de reagrupación familiar pone de manifiesto la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales y las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países. Se aplica cuando los miembros de la familia de un «reagrupante» (un nacional de un tercer país que reside en un Estado miembro en virtud de un permiso de residencia con un período de validez igual o superior a un año y que tiene una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente) solicitan reunirse con él a efectos de reagrupación familiar. El artículo 6, apartado 1, permite a los Estados miembros denegar una solicitud de estas características, en particular, por razones de [orden público].[65] Para adoptar la resolución pertinente, el Estado miembro debe tener en cuenta diversos factores, como la gravedad o el tipo de infracción contra el [orden público] o el peligro que implique dicha persona.[66]

53. El órgano jurisdiccional remitente menciona, como diferencia significativa entre el régimen legal establecido en la Directiva retorno y el de las tres Directivas, que en la primera de ellas no es necesario ponderar las implicaciones para una persona que está integrada en la sociedad de un Estado miembro con la oportunidad de excluir el derecho a la salida voluntaria.[67] En virtud de la Directiva retorno las autoridades nacionales deben abordar una cuestión más práctica. ¿Qué plazo resulta necesario para permitir al interesado salir de forma digna y humana que respete sus derechos fundamentales? Un nacional de un tercer país que esté comprendido en el ámbito de aplicación de la

60 — Véase, asimismo, la sentencia Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708), apartado 25.

61 — El artículo 28, apartado 1, dispone que, antes de tomar una decisión de expulsión del territorio, en particular, por razones de [orden público], el Estado miembro de acogida debe tener en cuenta diversas consideraciones, como la duración de la residencia del interesado en su territorio, su integración social y cultural en ese Estado miembro y la importancia de los vínculos con su país de origen. Cuando el interesado haya adquirido un derecho de residencia permanente, no podrá tomarse una decisión de expulsión en virtud del artículo 28, apartado 2, excepto, entre otras cosas, por motivos graves de [orden público].

62 — Cuarto considerando de la Directiva de residentes de larga duración y artículos 1, 3 y 4 de dicha norma.

63 — Párrafo segundo del artículo 6, apartado 1. Véanse, asimismo, las condiciones recogidas en el artículo 12, apartado 3, de la Directiva de residentes de larga duración.

64 — Los Estados miembros podrán basarse en una condena anterior por un delito para considerar que el interesado representa una amenaza para el [orden público], entre otras. Pueden adoptar una decisión de expulsión cuando dicha persona represente una amenaza real y suficientemente grave (artículo 12, apartado 1). Antes de adoptar una decisión de expulsión, los Estados miembros deben tomar en consideración los elementos enumerados en el artículo 12, apartado 3, entre los que se incluyen la duración de la residencia en el territorio, la edad, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

65 — Artículos 1, 2, letra c), y 3, de la Directiva de reagrupación familiar. En particular, dicha Directiva tiene por objeto garantizar un trato justo a los nacionales de los terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión y manifiesta que una política de integración más decidida está encaminada a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión.

66 — El concepto de [orden público] incluye una condena por un delito grave, en los casos en que el nacional de un tercer país en cuestión pertenece a una asociación que apoya el terrorismo, apoya una asociación de ese tipo o tiene objetivos extremistas. Véanse el decimocuarto considerando de la Directiva de reagrupación familiar, el párrafo segundo del artículo 6, apartado 2, relativo a la retirada de un permiso de residencia o la negativa a prorrogarlo y, asimismo, el artículo 17.

67 — Véanse los puntos 50 a 52 *supra*.

Directiva retorno no es una persona que reside o que está integrada en la sociedad del Estado miembro en cuestión. Por lo tanto, es lógico que no sea necesario ponderar los elementos relativos a sus vínculos con dicho Estado miembro con las consecuencia de una decisión que le deniegue el derecho a la salida voluntaria.

54. Dadas las diferencias en la redacción, el ámbito de aplicación y los objetivos de esas normas, considero que ninguna de las tres Directivas (la Directiva de ciudadanía, la Directiva de residentes de larga duración y la Directiva de reagrupación familiar) puede aplicarse por analogía para interpretar el significado de [orden público] según figura en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno.

55. Todos los Estados miembros que han presentado observaciones al Tribunal de Justicia sostienen que las consecuencias para los interesados de la excepción a la norma general de las tres Directivas son más graves que las consecuencias que tiene una decisión de denegar la salida voluntaria para un nacional de un tercer país en situación irregular en virtud de la Directiva retorno. Aducen que existen distintos niveles de protección en virtud de las tres Directivas. El más elevado es el que se concede a los ciudadanos de la Unión, cuyos derechos normales contrastan de forma sustancial con los de los nacionales de terceros países en situación irregular en virtud de la Directiva retorno. Por lo tanto, la excepción por razones de [orden público] prevista en la Directiva de ciudadanía debe interpretarse de forma más estricta que en la Directiva retorno y el concepto de «riesgo» o «peligro» para el [orden público] en virtud de dicha Directiva debe interpretarse de forma menos estricta que el concepto de «razones de [orden público]» previsto en las tres Directivas. El órgano jurisdiccional remitente comparte esta opinión.

56. No estoy de acuerdo.

57. No se alcanza ningún objetivo útil al comparar el artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno con disposiciones de las tres Directivas que prevén una excepción de orden público. Dado que esas Directivas no son aplicables por analogía, la circunstancia de que el umbral que debe superarse para aplicar la excepción de [orden público] en la Directiva retorno sea mayor o menor es irrelevante y no debe ser objeto de apreciación. La diferencia entre la Directiva retorno y las tres Directivas es radical. Por consiguiente, debe interpretarse con arreglo a su tenor literal, objeto, sistema y contexto, a efectos de establecer el significado de la excepción contenida en el artículo 7, apartado 4. [68]

58. Además, la alegación de los Estados miembros en el sentido de que la excepción contenida en la Directiva retorno debe interpretarse en términos menos estrictos que en las otras tres Directivas tiene connotaciones desafortunadas. Sugiere que puede clasificarse a las personas conforme a una jerarquía de protección, en la que los ciudadanos de la Unión se encuentran en la posición más alta y los nacionales de terceros países en situación irregular en la más baja. Implica que los que se encuentran en la parte más baja pueden quedar comprendidos más fácilmente en el ámbito de aplicación de una disposición que establece una excepción a los derechos que les confiere el Derecho de la Unión, simplemente porque tiene un estatus inferior en la jerarquía.

59. No puedo admitir ese planteamiento. Es cierto que la situación de los ciudadanos de la Unión y la de los nacionales de terceros países en situación irregular no pueden asimilarse y que se rigen por normas distintas. Sin embargo, de dicha diferencia no se deriva que deba prestarse una atención menos rigurosa o escrupulosa a la hora de examinar si puede aplicarse una excepción a un derecho conferido por el Derecho de la Unión. Una disposición excepcional, como la prevista en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno, no debe interpretarse de forma laxa en lugar de estricta por el hecho de que afecte a personas que no tienen derecho de residencia en la Unión. Además, los

68 — Sentencia Brouwer (C-355/11, EU:C:2012:353), apartado 36 y la jurisprudencia citada.

nacionales de terceros países (incluidos aquellos que se encuentran en situación irregular en la Unión) están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Carta.[69] Los derechos fundamentales que consagra el Derecho de la Unión que se aplican a los nacionales de terceros países deben respetarse con el mismo rigor que los que corresponden a los ciudadanos de la Unión.

60. Por tanto, para apreciar si un nacional de un tercer país representa un riesgo para el orden público, los Estados miembros deben fundar sus valoraciones en la situación individual del interesado y no en consideraciones de carácter general.[70] Así lo consideró el Tribunal de Justicia en el asunto Royer,[71] en relación con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 64/221/CEE,[72] que establecía: «las medidas de [orden público] o de seguridad pública deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen.» En mi opinión, este enfoque también es aplicable a la Directiva retorno. El sistema del artículo 7 dispone expresamente que en la apreciación deben tenerse en cuenta las circunstancias concretas.[73] Por consiguiente, la misma metodología debe aplicarse a las decisiones que se adopten en virtud del artículo 7, apartado 4. Tales decisiones deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos.

61. Las disposiciones de la legislación penal son todas ellas normas de orden público en el sentido de que son imperativas. Un incumplimiento de esas normas produce, por consiguiente, una perturbación del orden público de los Estados miembros. El alcance de dicha perturbación será mayor o menor en función de la naturaleza de los hechos cometidos. La gravedad de la pena prevista por el legislador nacional para sancionar la conducta prohibida suele reflejar el efecto percibido de la perturbación del [orden público].[74]

62. Por lo tanto, un incumplimiento de la legislación penal de un Estado miembro constituye un acto contrario al orden público. Sin embargo, de lo anterior no se desprende necesariamente que cualquier infracción del Derecho penal, incluso leve, constituya una amenaza para el [orden público] en el sentido del artículo 7, apartado 4. Las autoridades nacionales deben llevar a cabo su apreciación desde la perspectiva de los intereses relativos a la salvaguardia del orden público, que no coincide necesariamente con la valoración en que se fundamentó la condena penal.[75]

63. El sexto considerando de la Directiva retorno expone que las decisiones deben adoptarse de manera individualizada y que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular.[76] Así pues, en circunstancias como las del Sr. Zh. no basta con que las autoridades nacionales basen su decisión de excluir el derecho a la salida voluntaria exclusivamente en el hecho de que la persona interesada ha sido condenada por viajar con documentos falsos infringiendo el artículo 5 del Código de fronteras Schengen y que es un nacional de un tercer país en situación irregular en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva retorno. Es muy probable que muchos nacionales de terceros países que huyen hasta las fronteras de la Unión viajen con pasaporte falso. A menudo, la gente intenta ocultar su identidad cuando huye de su país de origen para protegerse. No quedan forzosamente protegidos al presentar una solicitud de asilo cuando no solicitan dicha protección en la Unión Europea.[77] Las autoridades nacionales deben analizar qué intereses de

69 — Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO 2010, C 83, p. 389). Es evidente que los nacionales de países terceros no disfrutan de los derechos específicos previstos en el título V de la Carta, titulado «Ciudadanía», como el derecho a ser candidato a las elecciones del Parlamento Europeo.

70 — Sentencia Royer (48/75, EU:C:1976:57), apartado 46.

71 — Citada en la nota 70 *supra*.

72 — 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).

73 — Véase el artículo 7, apartado 2.

74 — Véanse las conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto I. (C-348/09, EU:C:2012:123), puntos 36 y 37.

75 — Véase, por analogía, la sentencia Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172), apartado 27.

76 — Véanse los puntos 44 y 60 *supra*.

77 — En la vista, el Gobierno neerlandés explicó que, mientras se tramitan las solicitudes de asilo, no se incoa ningún procedimiento contra la persona interesada en relación con su situación irregular. Véase, asimismo, la sentencia Arslan (C-534/11, EU:C:2013:343), apartado 49.

orden público precisan de protección y en qué medida el interesado constituye un peligro para el orden público. En otras palabras, no deben adoptarse automáticamente decisiones para privar a una persona de su derecho de salida voluntaria simplemente por haber sido condenado por viajar con un documento falso y, por consiguiente, ser un nacional de un tercer país en situación irregular.[78]

64. Dicho esto, en mi opinión, la condena no tiene que ser irrevocable, sin posibilidad de recurso, para que la persona quede comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno.

65. Dicha postura resultaría incompatible con las observaciones generales formuladas más arriba, y el tenor de la Directiva no contiene ningún elemento que respalde esa opinión. Además, sería contrario a la finalidad de establecer un plazo concreto de salida voluntaria. Si tuviera que tenerse en cuenta la posibilidad de interponer un recurso para su resolución con carácter definitivo, el plazo de treinta días (y, desde luego, los períodos más próximos al de siete días, previsto en el artículo 7, apartado 1) se rebasarían, en la mayoría de los casos, a raíz de la duración de los procedimientos judiciales. También privaría de sentido la excepción prevista en el artículo 7, apartado 4: un retorno rápido en un plazo inferior a siete días sería imposible en todo caso, si el interesado interpone un recurso de apelación.

66. Asimismo, como sostienen acertadamente Bélgica, Francia y los Países Bajos, este planteamiento sería incompatible con el acervo Schengen en la medida en que la finalidad del SIS[79] (que permite a los Estados miembros obtener información sobre descripciones de personas para efectuar controles en la frontera) consiste, entre otras cosas, en mantener el [orden público].[80] Así pues, una persona que esté sujeta a una decisión de retorno inmediato también está sujeta a una prohibición de entrada en virtud del artículo 11, apartado 1, de la Directiva retorno, incluyéndose los datos pertinentes en el SIS. Dichas decisiones pueden basarse en una amenaza para el orden público derivada de que la persona interesada haya sido condenada por un delito sancionado con una pena privativa de libertad de un año como mínimo.[81] En virtud del Convenio de aplicación no se exige que la condena sea irrevocable. Cuando la condena también constituya la base de la negativa a conceder un período de salida voluntaria por razones de [orden público] en virtud del artículo 7, apartado 4, sería incompatible con los requisitos del artículo 96, apartado 2, del Convenio de aplicación añadir como requisito que la condena no sea recurrible. Por consiguiente, considero que la mejor opción es interpretar el artículo 7, apartado 4, sin añadir dicho requisito. La ventaja de ello es garantizar la interpretación uniforme con todo el sistema legislativo general que incluye el acervo Schengen.

67. ¿Basta la sospecha de que el interesado ha cometido un delito para que se aplique lo dispuesto en el artículo 7, apartado 4?

68. Dado que las decisiones deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos (sexto considerando de la Directiva retorno) y que los Estados miembros deben efectuar sus valoraciones atendiendo a la situación individual del interesado y no de acuerdo con consideraciones de carácter general, en mi opinión no existe una norma general en el sentido de que sólo son suficientes las condenas por delito. Por lo tanto, en principio, la sospecha de que se ha cometido un delito bastaría para invocar la excepción del artículo 7, apartado 4.

78 — De conformidad con la Directiva retorno, «los Estados miembros deben expulsar a los nacionales de terceros países en situación ilegal respetando sus derechos fundamentales de conformidad con el artículo 1. Cuando se haya concedido un plazo para la salida voluntaria pero la decisión de retorno no se haya cumplido», los Estados miembros deben tomar todas las medidas necesarias para hacer cumplir esa decisión con arreglo al artículo 8, apartado 1.

79 — Véanse los puntos 3 y 4 *supra*.

80 — En el artículo 3, apartado 2, de la Directiva retorno se hace mención expresa al Código de fronteras Schengen y en el decimoctavo considerando del SIS, y el decimocuarto considerando establece una remisión más general al sistema Schengen. Dichas referencias indican que el acervo Schengen forma parte del contexto legislativo pertinente para interpretar la Directiva retorno.

81 — Véase el punto 4 *supra*.

69. Las autoridades nacionales deben analizar no obstante qué intereses de orden público precisan de protección y en qué medida el interesado constituye un peligro para el orden público tanto en caso de condena como de sospecha de comisión de un delito. En otras palabras, no deben adoptarse automáticamente decisiones para privar a una persona de este derecho de salida voluntaria simplemente por haber sido condenado por un delito o por ser sospechoso de haberlo cometido.

70. Concluyo que, para que se aplique la excepción a la regla general contenida en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva retorno de que se debe conceder a los nacionales de terceros países en situación irregular un plazo de entre siete y treinta días de salida voluntaria, el Estado miembro de que se trate debe poder identificar el «riesgo» o amenaza para el orden público en el sentido del artículo 7, apartado 4. El alcance de dicha excepción es una cuestión que debe resolverse con arreglo al Derecho de la Unión. Pueden extraerse orientaciones generales sobre el significado de la expresión [orden público] de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre ese concepto teniendo en cuenta el tenor literal, los objetivos, el sistema y el contexto de la Directiva retorno. Para establecer si el nacional de un tercer país en situación irregular representa una amenaza para el [orden público] en el sentido del artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno, las autoridades nacionales competentes deben efectuar una apreciación individualizada para determinar el interés de orden público que pretenden proteger. Corresponde a dichas autoridades demostrar los motivos que justifican el recurso al artículo 7, apartado 4. En este sentido, deben demostrar que el interesado: i) ha actuado en contra del orden público y ii) representa una amenaza para el [orden público]. En determinadas circunstancias, una sospecha razonable de que el interesado ha cometido un delito basta para invocar la excepción de [orden público] contenida en el artículo 7, apartado 4. En caso de que se haya impuesto una condena, no es preciso que esta sea irrevocable.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

71. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si procede tener en consideración otros hechos y circunstancias distintos de la sospecha o condena por la comisión de un delito (como el tipo de delito, la gravedad que se le atribuye con arreglo a la normativa nacional, el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y la intención del interesado) a la hora de apreciar si se aplica la excepción contenida en el artículo 7, apartado 4, y, en caso afirmativo, qué elementos resultan relevantes.

72. Comparto la opinión de todas las partes que han presentado observaciones al Tribunal de Justicia en el sentido de que deben tenerse en cuenta otros factores.

73. La cuestión es cuáles.

74. No creo que sea posible enumerar todos los elementos pertinentes de forma exhaustiva en abstracto. Cuando una persona es condenada por haber cometido un delito, además de los elementos indicados por el órgano jurisdiccional remitente, considero pertinentes al menos los siguientes criterios: la gravedad de la pena impuesta y el grado de participación del interesado en la comisión del delito (es decir, si actuó como instigador, autor o si despeñó un papel secundario).

75. No estoy de acuerdo con la Comisión cuando considera que lo importante es que la persona interesada pueda no cumplir voluntariamente su obligación de retorno.[82] La redacción de la Directiva retorno no está limitada de ese modo. Además, en la medida en que la tesis de la Comisión plantea la circunstancia de que el nacional del tercer país puede fugarse, dicha situación está prevista en el primer motivo del artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno (según se define en el artículo 3, apartado 7).

82 — En mi opinión, es posible que la Comisión se haya referido a aquellos supuestos en los que el nacional de un tercer país no se fuga necesariamente pero se niega a abandonar el territorio sin que se emita una decisión de devolución en virtud del artículo 8.

76. El órgano jurisdiccional remitente también pregunta si la intención del interesado constituye un elemento relevante. Desde mi punto de vista, en principio, debe serlo dado que la circunstancia de que el interesado pueda reincidir o cometer un delito más grave es, claramente, un factor pertinente. Es posible que la cuestión de la intención se haya planteado expresamente en el presente asunto porque el Sr. Zh. no tenía la intención de permanecer en los Países Bajos, pues fue arrestado por las autoridades neerlandesas cuando se encontraba en tránsito hacia Canadá. El hecho de que no tuviera la intención de permanecer en los Países Bajos carece de pertinencia para determinar si estaba en situación irregular a los efectos de la Directiva retorno. [83] No obstante, su intención sí que resulta pertinente a la hora de determinar si el delito de viajar con documentación falsa constituye una perturbación para el orden público y si representa una amenaza para el orden público en los Países Bajos. Incumbe a las autoridades nacionales determinar la importancia que tienen las intenciones del Sr. Zh., sin perjuicio del control de los órganos jurisdiccionales nacionales. Como sucede con los otros criterios (enumerados en los puntos 71 y 74 *supra*), la intención de la persona no puede ser determinante. En efecto, en ese sentido considero que, en lo que atañe a una persona que viaja con documentación falsa y que no tiene la intención de permanecer en el país de que se trata, el grado de perturbación y la naturaleza de la amenaza para el orden público es mucho menos claro que en el supuesto de una persona condenada por proporcionar conscientemente documentación falsa a las mafias que se dedican al tráfico de personas. Ese delito es más grave y afecta claramente al orden público.

77. Esos mismos factores resultan pertinentes en relación con la sospecha de haber cometido un delito. Es importante tener en cuenta, además, los hechos que justifican esa sospecha. Pues bien, por ejemplo, la situación de una persona detenida por haber cometido una agresión violenta respecto de la cual se archiva el procedimiento penal porque la víctima (el único testigo) se niega a aportar pruebas difiere de la de una persona acusada de haber cometido un hurto que no ha sido investigado por la policía, pero del que se informa no obstante a las autoridades de inmigración. En el primer caso, existen motivos suficientes para que el Estado incoe diligencias, lo cual entraña que existe un interés de orden público. El segundo caso es una mera alegación que, por sí misma, no acredita la existencia de un interés de orden público.

78. El órgano jurisdiccional remitente expone que, desde la Circular de 9 de febrero de 2012, la política que se aplica en los Países Bajos es que cualquier sospecha o condena por un delito con arreglo a la legislación nacional representa un riesgo para el [orden público] a efectos de una decisión de retorno. [84] Dicha circular es posterior al momento en el que se produjeron los hechos del litigio principal. Sin embargo, en la vista el Gobierno neerlandés confirmó que el contenido de la circular anterior, en vigor en el momento en que se produjeron los hechos pertinentes para el procedimiento principal, era más o menos el mismo que el de la Circular de 9 de febrero de 2012. El Gobierno neerlandés declaró que, pese a que la circular no era legalmente vinculante, la práctica habitual era que, en casos como el del Sr. Zh. y el Sr. O., las autoridades nacionales asumieran que existe una amenaza para el orden público y que denegaran el período de salida voluntaria, porque el interesado había sido condenado penalmente o se sospechaba que había cometido un delito. A continuación se informaba al nacional del tercer país y se le ofrecía la posibilidad de exponer si sus circunstancias personales abogaban no obstante por que se le concediera un plazo de salida voluntaria (automáticamente, de 28 días) por resultar necesario por motivos relativos, entre otras cosas, a su estado de salud o a su vida familiar (véase el artículo 5 de la Directiva retorno).

79. Aunque el sistema establecido en los Países Bajos no es el objeto del presente procedimiento (no se trata de un procedimiento de infracción), procede señalar, en aras de la exhaustividad, que considero que esa política es incompatible con la Directiva retorno por los siguientes motivos. En primer lugar, el sistema del artículo 7 consiste en conferir un derecho a la salida voluntaria (artículo 7, apartado 1)

83 — Véanse los puntos 9 y 25 *supra*.

84 — Véase el punto 18 y la nota 35. La cuestión del «acuerdo extrajudicial» no se ha suscitado en el procedimiento principal.

y en permitir excepciones a dicho derecho sólo en determinadas circunstancias (artículo 7, apartado 4). En segundo lugar, el tenor de la Directiva establece expresamente que debe efectuarse una apreciación individualizada (y no aplicar consideraciones generales, como, por ejemplo, que existe la sospecha o una condena por la comisión de un delito) para aplicar la excepción de orden público contenida en el artículo 7, apartado 4.[85] En tercer lugar, el sistema en vigor en los Países Bajos, conforme lo ha expuesto el órgano jurisdiccional remitente, se basa en la *presunción* de excluir la salida voluntaria cuando el interesado es sospechoso o ha sido condenado por un delito. No hay ninguna disposición de la Directiva retorno que avale dicha presunción.

80. Asimismo, la Directiva retorno establece normas y procedimientos comunes (segundo considerando y artículo 1) que debe aplicar cada Estado miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Los Estados miembros sólo pueden apartarse de esas normas y procedimientos cuando desean aplicar disposiciones más favorables conforme a lo dispuesto en el artículo 4. La Directiva no permite a los Estados miembros aplicar normas más severas en el ámbito que regula.[86]

81. De lo anterior se desprende que las autoridades nacionales deben justificar, más allá del hecho de que el Sr. Zh. fue condenado por viajar con documentación falsa, por qué consideran que pueden invocar el artículo 7, apartado 4. Desde ese punto de vista, es preciso preguntarse si su actuación constituye una perturbación para el orden público y por qué se le considera una amenaza. El Sr. O., por su parte, es sospechoso de haber incurrido en violencia doméstica, también constitutiva de delito. En este caso, las autoridades nacionales deben demostrar en qué sentido ha actuado en contra del orden público. Deben aportar indicios sólidos de sospecha, distintos de una mera alegación. Para ello, es preciso que determinen la naturaleza de [orden público] del delito, por ejemplo, si existe la preocupación de que pueda cometer más delitos similares.

82. En conclusión, a la hora de apreciar si existe una amenaza para el [orden público] a los efectos del artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno, no pueden adoptarse decisiones exclusivamente sobre la base de que el nacional de un tercer país es sospechoso o ha sido condenado por un delito. Otros elementos, como la gravedad o el tipo de delito de conformidad con la legislación nacional, el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, la intención del interesado y su grado de participación en la comisión del delito, resultan pertinentes para cualquier apreciación que se haga. Cuando se invoque la excepción contenida en el artículo 7, apartado 4, sobre la base de la sospecha de la comisión de un delito, los motivos en los que esté basada esa sospecha resultan pertinentes para efectuar la correspondiente apreciación. Todas las apreciaciones deben efectuarse de manera individualizada.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

83. El órgano jurisdiccional nacional solicita orientación sobre si, en caso de que se considere que el nacional de un tercer país de que se trate representa una amenaza para el orden público a los efectos del artículo 7, apartado 4, los factores que hayan sido tomados en consideración para apreciar esa amenaza también resultan pertinentes para establecer si procede conceder al interesado un período de salida voluntaria inferior a 7 días o no concederlo en absoluto.

84. Los Países Bajos sostienen que, en esas circunstancias, la Directiva retorno permite a los Estados miembro optar entre dos alternativas: i) la concesión de un plazo inferior a siete días o ii) denegar la concesión de un plazo de salida voluntaria. Pues bien, los Estados miembros no están obligados a aplicar una norma referente tanto a la expulsión inmediata como a la salida en un plazo de entre uno y seis días. Los Países Bajos no aplican esa graduación: cuando el artículo 7, apartado 4, resulta aplicable, no conceden ningún plazo de salida voluntaria. El Gobierno neerlandés expone que

85 — Véase el sexto considerando de la Directiva retorno. Véase, asimismo, la sentencia Royer (48/75, EU:C:1976:57), apartado 46.

86 — Sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartados 31 a 33.

considera que su planteamiento evita la incertidumbre porque está claro que no concederá ningún plazo de salida voluntaria. De este modo reduce la carga de trabajo de las autoridades ejecutivas y judiciales, que no están obligadas a apreciar si, en un determinado caso, procede conceder un plazo inferior a siete días. Como excepción, cuando las condiciones previstas en el artículo 5 sean aplicables a la luz de las circunstancias del nacional de un tercer país (por motivos de vida familiar o del estado de salud del interesado), puede concederse un plazo más largo (veintiocho días).

85. Todos los Estados miembros que han formulado observaciones en relación con la tercera cuestión sostienen que la apreciación sobre si el interesado debe ser expulsado de forma inmediata o si debe concedérsele un plazo de salida voluntaria de entre uno y seis días incumbe al Estado miembro en cuestión, y que los elementos pertinentes para valorar si se han puesto en peligro intereses de orden público también son relevantes para determinar si procede conceder un plazo de salida voluntaria inferior a siete días o expulsar de forma inmediata.

86. En mi opinión, entre los objetivos del artículo 7, apartado 4, se incluye el de permitir a los Estados miembros devolver de forma rápida a determinados nacionales de terceros países en situación irregular cuando así lo aconsejan intereses de orden público. Por tanto, existe una correlación entre la amenaza para el orden público y la necesidad de efectuar un retorno rápido. Pues bien, la breve respuesta a la tercera cuestión es afirmativa: los factores pertinentes para apreciar si existe una amenaza para el orden público también lo son para determinar si procede conceder un plazo de salida voluntaria inferior a siete días en un determinado caso.

87. Sin embargo, en lo referente al significado de la expresión «[…] los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un periodo inferior a siete días», contenida en el artículo 7, apartado 4, no estoy de acuerdo con el Gobierno neerlandés. A mi juicio, una interpretación del artículo 7, apartado 4, en virtud de la cual se permita a los Estados miembros aplicar automáticamente la expulsión inmediata si resulta aplicable la excepción de orden público es incompatible con la Directiva retorno.

88. Una interpretación coherente con los objetivos y sistema de la Directiva retorno exige, por el contrario, que en cada caso se aprecie de manera individualizada si procede aplicar la expulsión inmediata o conceder un plazo de salida voluntaria de entre uno y seis días. [87]

89. El tenor literal de la Directiva retorno respalda un enfoque más matizado. Las decisiones que se tomen en virtud de la Directiva deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos. [88] Debe privilegiarse el retorno voluntario al forzoso y concederse un plazo de salida voluntaria. [89]

90. Además, con arreglo a la Directiva retorno, cuando no se concede un plazo de salida voluntaria, debe establecerse una prohibición de entrada. [90] La prohibición de entrada tiene importantes consecuencias para el nacional de un tercer país de que se trata. Supone que la amenaza para el orden público que representa es significativa y pone en marcha el sistema de descripción Schengen en el

87 — El plazo de salida voluntaria mínimo en virtud del artículo 7, apartado 1, es de siete días.

88 — Véanse el sexto considerando de la Directiva retorno y los puntos 44, 60 y 63 *supra*.

89 — Véase el décimo considerando de la Directiva retorno. Véase, asimismo, la sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartados 36 y 37.

90 — Artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva retorno. En la vista el Gobierno neerlandés expuso que, cuando no se concede un plazo de salida voluntaria, no se impone automáticamente una prohibición de entrada. Esta postura resulta contraria al tenor del artículo 11, apartado 1, letra a), que es obligatorio. Es cierto que el artículo 4, apartado 3, reconoce el derecho de los Estados miembros a aplicar medidas más favorables siempre que sean compatibles con la Directiva. Sin embargo, la política neerlandesa relativa a las prohibiciones de entrada no parece compatible con la Directiva, en la medida en que el objetivo es otorgar dimensión europea a las decisiones de devolución y a las prohibiciones de entrada, prohibiendo la estancia en el territorio de todos los Estados miembros [véase el artículo 11, apartado 1, letra a), en relación con el decimocuarto considerando].

SIS.[91] También significa que pueden estar en peligro las garantías que se aplican a la espera de retorno establecidas en el artículo 14 de la Directiva, incluido el mantenimiento de la unidad familiar con los miembros de la familia presentes en el Estado miembro en cuestión y la prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades.

91. Según reiterada jurisprudencia, cuando los Estados miembros adoptan medidas para aplicar la normativa de la Unión, deben ejercer su facultad discrecional observando los principios generales del Derecho de la Unión, incluido el principio de proporcionalidad.[92] En el marco de la Directiva retorno, dicho principio exige que, cuando se limita el derecho a la salida voluntaria, deben adoptarse las medidas menos restrictivas en función de las circunstancias del caso.

92. La Directiva retorno establece que cuando un nacional de un tercer país está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 4, el Estado miembro en cuestión puede optar por conceder un plazo de salida voluntaria inferior a siete días como excepción a lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1 (que prevé un plazo de salida voluntaria de entre siete y treinta días y, en su caso, que no se conceda plazo alguno). Discrepo de la observación del órgano jurisdiccional remitente en el sentido de que abstenerse de conceder un plazo de salida voluntaria es la medida menos restrictiva. Más bien al contrario, cuando un Estado miembro aplica la política de abstenerse de conceder ese plazo en todos los casos, no aplica la medida menos restrictiva. Dado que todos los supuestos están sujetos a la misma norma general, no se efectúa una apreciación de manera individualizada. En mi opinión, ese planteamiento no se cohonesta con el principio de proporcionalidad.

93. Procede añadir que no acepto la alegación de los Países Bajos de que con su postura evitan imponer una carga a los órganos ejecutivos y judiciales. Intentar minimizar los inconvenientes administrativos no es un motivo válido para no apreciar los casos conforme al sistema más matizado que exige la Directiva.[93]

94. Cuando un nacional de un tercer país representa un riesgo para el [orden público] en el sentido del artículo 7, apartado 4, de la Directiva retorno, los Estados miembros deben cumplir los principios generales del Derecho de la Unión, incluido el principio de proporcionalidad. A la hora de determinar si procede conceder al interesado un plazo de salida voluntaria inferior a siete días o expulsarlo con carácter inmediato, las autoridades nacionales competentes pueden tener en cuenta los elementos que analizaron para apreciar si ese interesado representaba una amenaza para el [orden público]. Para establecer si procede conceder un plazo de salida voluntaria reducido en virtud del artículo 7, apartado 4, es contrario a la Directiva decidir automáticamente no acordar ningún plazo en absoluto en todo caso, pese a que, en las circunstancias de un determinado supuesto, podría ser apropiado conceder un plazo de salida voluntaria de entre uno y seis días.

91 — Véase el punto 4 *supra*.

92 — Sentencia Cypra (C-402/13, EU:C:2014:2333), apartado 26 y la jurisprudencia citada. Véanse, asimismo, el sexto considerando de la Directiva retorno y la mención a que las decisiones adoptadas en su virtud deben atenerse a los principios generales del Derecho de la Unión, que incluyen el principio de proporcionalidad. Véase también la sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 41.

93 — Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un Estado miembro no puede invocar dificultades prácticas o administrativas para justificar un incumplimiento de su obligación de transponer una Directiva. Véase, por analogía, la sentencia Comisión/Portugal (C-277/13, EU:C:2014:2208), apartado 59 y la jurisprudencia citada.

Conclusión

95. En virtud de las condiciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Raad van State (Países Bajos):

«– Para que se aplique la excepción a la regla general contenida en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de que debe concederse a los nacionales de terceros países en situación irregular un plazo de salida voluntaria de entre siete y treinta días, el Estado miembro de que se trate debe poder identificar el "riesgo" o amenaza para el [orden público] en el sentido del artículo 7, apartado 4. El alcance de dicha excepción es una cuestión que debe resolverse con arreglo al Derecho de la Unión. Pueden extraerse orientaciones generales sobre el significado de la expresión [orden público] de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre ese concepto teniendo en cuenta el tenor literal, los objetivos, el sistema y el contexto de la Directiva 2008/115. Para establecer si el nacional de un tercer país representa una amenaza para el [orden público] en el sentido del artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2008/115, las autoridades nacionales competentes deben efectuar una apreciación individualizada para determinar el interés de orden público que pretenden proteger. Corresponde a dichas autoridades demostrar los motivos que justifican el recurso al artículo 7, apartado 4. En este sentido, deben demostrar que el interesado: i) ha actuado en contra del [orden público] y ii) representa una amenaza para el [orden público]. En determinadas circunstancias, una sospecha razonable de que el interesado ha cometido un delito basta para invocar la excepción de [orden público] contenida en el artículo 7, apartado 4. En caso de que se haya dictado condena, no es preciso que esta sea irrevocable.

– A la hora de apreciar si existe amenaza para el [orden público] a los efectos del artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2008/115, no pueden adoptarse decisiones exclusivamente sobre la base de que el nacional de un tercer país es sospechoso o ha sido condenado por un delito. Otros elementos, como la gravedad o el tipo de delito de conformidad con la legislación nacional, el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, la intención del interesado y su grado de participación en la comisión del delito, resultan pertinentes para cualquier apreciación que se haga. Cuando se invoque la excepción contenida en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2008/115 sobre la base de la sospecha de la comisión de un delito, los motivos en los que esté basada esa sospecha resultan pertinentes para efectuar la correspondiente apreciación.

– Cuando un nacional de un tercer país representa un riesgo para el [orden público] en el sentido del artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2008/115, los Estados miembros deben cumplir los principios generales del Derecho de la Unión, incluido el principio de proporcionalidad. A la hora de determinar si procede conceder al interesado un plazo de salida voluntaria inferior a siete días o expulsarlo con carácter inmediato, las autoridades nacionales competentes pueden tener en cuenta los elementos que analizaron para apreciar si ese interesado representaba una amenaza para el [orden público]. Para establecer si procede conceder un plazo de salida voluntaria reducido en virtud del artículo 7, apartado 4, es contrario a la Directiva decidir automáticamente no acordar ningún plazo en absoluto en todo caso, pese a que, en las circunstancias concretas de un determinado supuesto, podría ser apropiado conceder un plazo de salida voluntaria de entre uno y seis días.»