CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 25 de noviembre de 2010[1]

I. Introducción

1. Una persona que es nacional de dos Estados miembros de la UE, pero que siempre ha vivido en solo uno de ambos Estados, ¿puede invocar ante dicho Estado el Derecho de la Unión para obtener allí un derecho de residencia para sí y en particular para su cónyuge? Esta es en esencia la cuestión que debe aclarar el Tribunal de Justicia en el presente asunto.

2. La Sra. McCarthy es nacional británica e irlandesa, pero ha vivido siempre en Inglaterra.[2] Es evidente que ella sí puede residir en Inglaterra. Sin embargo, esa no es la situación de su cónyuge, nacional jamaicano: carece de autorización para residir en Inglaterra según las disposiciones internas del Reino Unido en materia de inmigración. Para conseguir la reunificación familiar con su marido, la Sra. McCarthy, basándose en su nacionalidad irlandesa, pretende obtener, en su condición de ciudadana de la Unión, un derecho de residencia para sí en Inglaterra; ello beneficiaría indirectamente a su cónyuge, pues podría reclamar un derecho de residencia derivado.

3. En este contexto, el Tribunal de Justicia deberá dilucidar cómo debe entenderse el concepto de «beneficiario» contenido en la Directiva 2004/38/CE, sobre el derecho de residencia.[3] Además, se pregunta al Tribunal de Justicia qué requisitos debe cumplir la «residencia legal», que constituye la condición básica para la adquisición del derecho de residencia permanente a efectos de la citada Directiva.

II. Marco jurídico

4. Además de por el artículo 21 TFUE, el marco jurídico de la Unión del presente asunto está determinado por la Directiva 2004/38. El ámbito de aplicación personal de la misma está definido en el capítulo I («Disposiciones generales»), más concretamente en

1 — Lengua original: alemán.

2 — Con las expresiones «nacionalidad británica» y residencia «en Inglaterra» hago referencia aquí y en lo sucesivo a las formulaciones de igual tenor contenidas en la resolución de remisión.

3 — 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, con corrección de errores en DO 2004, L 229, p. 35, y en DO 2007, L 204, p. 28).

el artículo 3 de la Directiva, bajo el epígrafe «Beneficiarios», del siguiente modo:

«1. La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él.

[…]»

5. En el capítulo IV de la Directiva 2004/38, el artículo 16 establece unas normas generales sobre la adquisición del derecho de residencia permanente:

«1. Los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años en el Estado miembro de acogida tendrán un derecho de residencia permanente en este. [...]

[…]»

6. De forma complementaria al artículo 16, ha de hacerse referencia al decimoséptimo considerando de la Directiva 2004/38:

«El disfrute de una residencia permanente para los ciudadanos de la Unión que hayan decidido instalarse de forma duradera en un Estado miembro de acogida refuerza el sentimiento de pertenencia a una ciudadanía de la Unión y es un elemento clave para promover la cohesión social, que figura entre los objetivos fundamentales de la Unión. Conviene por lo tanto establecer un derecho de residencia permanente para todos los ciudadanos de la Unión que hayan residido, en el Estado miembro de acogida de conformidad con las condiciones establecidas en la presente Directiva, durante un período ininterrumpido de cinco años de duración y sin haber sido objeto de una medida de expulsión.»

7. Por último, de las disposiciones finales contenidas en el capítulo VII de la Directiva 2004/38 ha de resaltarse el artículo 37, el cual, bajo el epígrafe «Disposiciones nacionales más favorables», establece la siguiente norma:

«Las disposiciones de la presente Directiva no afectarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado miembro que sean más favorables para los beneficiarios de la presente Directiva.»

III. Hechos y procedimiento principal

8. La Sra. Shirley McCarthy es ciudadana británica por haber nacido en el Reino Unido. Ha vivido siempre en Inglaterra, donde su residencia, con arreglo al Derecho interno, ha sido en todo momento legal.

9. La Sra. McCarthy percibe subsidios estatales en Inglaterra. No alega ser o haber sido

trabajadora por cuenta ajena o propia en el sentido del Derecho de la Unión.

10. El 15 de noviembre de 2002, la Sra. McCarthy se casó con el nacional jamaicano George McCarthy. Con arreglo a la normativa nacional en materia de inmigración, el Sr. McCarthy carece de autorización para residir en el Reino Unido ni siquiera como cónyuge de una persona establecida permanentemente en dicho Estado. [4]

11. Además de la nacionalidad británica, la Sra. McCarthy posee la nacionalidad irlandesa. Tras su matrimonio solicitó –por primera vez– un pasaporte irlandés. Su solicitud fue acogida, pues su madre había nacido en Irlanda.

12. El 23 de julio de 2004, la Sra. McCarthy, en su condición de ciudadana de la Unión, solicitó al Secretary of State for the Home Department [5] un permiso de residencia con arreglo al Derecho de la Unión. El Sr. McCarthy también presentó una solicitud en este mismo sentido en su condición de cónyuge de esta ciudadana de la Unión. Ambas solicitudes fueron desestimadas mediante decisión de 6 de diciembre de 2004. En los fundamentos de la misma se afirmó que la Sra. McCarthy no es una persona que cumpla los requisitos legales; este grupo de personas está constituido en esencia únicamente por trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia y personas económicamente independientes. Por consiguiente –se concluye en la decisión– el Sr. McCarthy no puede tener la consideración de cónyuge de una persona que cumpla los requisitos legales.

13. El 13 de diciembre de 2004 la Sra. McCarthy interpuso un recurso contra la decisión denegatoria de 6 de diciembre de 2004. El 7 de septiembre de 2006, su recurso fue remitido al Asylum and Immigration Tribunal. [6]

14. El Sr. McCarthy no interpuso recurso contra la decisión denegatoria de 6 de diciembre de 2004 dirigida contra él, si bien, el 16 de octubre de 2006, solicitó de nuevo una tarjeta de residencia en su condición de esposo de la Sra. McCarthy. Esta segunda solicitud fue igualmente denegada mediante decisión de 20 de abril de 2007, contra la cual el Sr. McCarthy interpuso un recurso ante el Asylum and Immigration Tribunal el 4 de mayo de 2007.

15. El Asylum and Immigration Tribunal suspendió la tramitación del recurso interpuesto por el Sr. McCarthy hasta que se dictara resolución definitiva sobre el recurso interpuesto por la Sra. McCarthy.

16. El 17 de octubre de 2006, el Juez único de inmigración del Asylum and Immigration Tribunal desestimó el recurso interpuesto por la Sra. McCarthy. Sin embargo, el 13 de febrero de 2007, la High Court of Justice (England and Wales) ordenó al Tribunal volver a examinar el recurso de la Sra. McCarthy. A

4 — Según información facilitada por el representante procesal de la Sra. McCarthy en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, ello se debe a que el Sr. McCarthy entró originariamente en el Reino Unido en condición de «visitor» (visitante).

5 — Ministerio de Interior del Reino Unido.

6 — Tribunal de Asilo e Inmigración.

continuación, el 16 de agosto de 2007, el Tribunal volvió a examinar el recurso, pero mantuvo la decisión de desestimarlo. Tampoco prosperó el recurso de apelación interpuesto por la Sra. McCarthy ante la Court of Appeal of England and Wales (Civil Division), [7] que fue desestimado el 11 de junio de 2008.

17. En el asunto principal, hay otro recurso interpuesto por la Sra. McCarthy pendiente ante la Supreme Court of the United Kingdom (antes denominada House of Lords), el órgano jurisdiccional remitente. [8]

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

18. Mediante escrito de 2 de noviembre de 2009, recibido en el Tribunal de Justicia el 5 de noviembre de 2009, el órgano jurisdiccional remitente planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: [9]

«1) Una persona que tenga la doble nacionalidad irlandesa y británica y haya residido en el Reino Unido toda su vida ¿está comprendida en el concepto de "beneficiario", en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2004/38/CE?

2) ¿Ha "residido legalmente" dicha persona en el Estado miembro de acogida, a efectos del artículo 16 de la Directiva, en circunstancias en las que no podía cumplir los requisitos del artículo 7 de la Directiva 2004/38?»

19. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han presentado observaciones escritas la Sra. McCarthy, los Gobiernos danés, irlandés, estonio, neerlandés y británico, así como la Comisión Europea. En la vista oral celebrada el 28 de octubre de 2010 participaron la Sra. McCarthy, los Gobiernos danés e irlandés y la Comisión.

V. Apreciación

20. A primera vista puede parecer extraño que una ciudadana de la Unión invoque el Derecho de la Unión ante las autoridades de su Estado miembro de origen, para obtener para sí un derecho de residencia en dicho Estado. En efecto, no hay duda alguna acerca de si esta ciudadana de la Unión posee ya,

7 — Tribunal de apelación para Inglaterra y Gales (Sala de lo Civil).

8 — En el asunto principal, este recurso fue admitido por la House of Lords el 13 de noviembre de 2008. Ahora bien, en virtud de la Ley de reforma constitucional de 2005 (Constitutional Reform Act 2005), las competencias de la House of Lords en su condición de instancia judicial fueron transferidas en octubre de 2009 a la nueva Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido).

9 — Estas cuestiones fueron formuladas por la House of Lords. Sin embargo, fueron ya transmitidas por la Registrar of the Supreme Court of the United Kingdom (Secretaría del Tribunal Supremo del Reino Unido). Además, el hecho de que en la petición de decisión prejudicial figure en epígrafe «Draft Reference» (proyecto de remisión prejudicial) no afecta en nada a su admisibilidad. En efecto, como se desprende del escrito de acompañamiento de 2 de noviembre de 2009, la petición de decisión prejudicial fue presentada oficialmente por la Supreme Court ante el Tribunal de Justicia.

en virtud de su nacionalidad, un derecho de residencia en el Estado al que pertenece, que no puede estar sujeto a ninguna limitación. [10]

21. Ahora bien, si se analiza con más detenimiento, en el presente asunto está en juego, más que el derecho personal de residencia de la Sra. McCarthy en Inglaterra, el derecho de residencia de su marido, que es nacional de un Estado tercero, que le es transferido, en su caso, a través de ella. Así pues, se trata, en última instancia, de una reunificación familiar que se pretende obtener a través del Derecho de la Unión, pues el Derecho interno del Reino Unido no lo permite. [11]. En la vista ante el Tribunal de Justicia se hizo referencia a esta circunstancia en reiteradas ocasiones.

22. No obstante, se suscita la duda de si el Derecho de la Unión puede aplicarse materialmente al caso de autos, pues la Sra. McCarthy no ha hecho nunca uso de su derecho a la libre circulación, establecido en los artículos 21 TFUE, apartado 1, 45 TFUE, 49 TFUE y 56 TFUE [12] y consagrado en los artículos 15, apartado 2, y 45, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. [13] Como elemento de conexión con el Derecho de la Unión cabe considerar aquí únicamente la condición de la Sra. McCarthy de «doble nacional», que, además de la nacionalidad británica, posee la irlandesa.

23. Mientras que la Sra. McCarthy estima que su doble nacionalidad es suficiente como elemento de conexión con el Derecho de la Unión, todos los Gobiernos participantes en el procedimiento y la Comisión sostienen la tesis contraria.

A. *Concepto de «beneficiario» en el sentido de la Directiva 2004/38 (primera cuestión prejudicial)*

24. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita información sobre la interpretación del concepto de «beneficiario» en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2004/38. En esencia, debe dilucidarse si una persona que es nacional de dos Estados miembros de la UE, pero que siempre ha vivido en uno solo de estos dos Estados, puede invocar ante dicho Estado la Directiva 2004/38 para obtener, en el territorio de este, el derecho de residencia para sí e indirectamente para su cónyuge.

10 — Como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia de 4 de diciembre de 1974, van Duyn (41/74, Rec. p. 1337), apartado 22, un principio de Derecho internacional «se opone a que un Estado niegue a sus propios nacionales el derecho de entrada o de residencia en su territorio»; véanse además las sentencias de 7 de julio de 1992, Singh (C-370/90, Rec. p. I-4265), apartado 22, y de 11 de diciembre de 2007, Eind (C-291/05, Rec. p. I-10719), apartado 31, así como al artículo 3 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que fue presentado a la firma en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 y entró en vigor el 2 de mayo de 1968 *(ETS* nº 46).

11 — Por ello, la decisión sobre el recurso interpuesto por el Sr. McCarthy en relación con su derecho de residencia ha sido igualmente suspendida (véase el punto 15 *supra* de las presentes conclusiones).

12 — Anteriormente artículos 18 CE, apartado 1, 39 CE, 43 CE y 49 CE.

13 — La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue solemnemente proclamada por primera vez el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364, p. 1) y, posteriormente, una vez más el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (DO C 303, p. 1).

25. De conformidad con el tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 ha de darse una respuesta negativa a esta cuestión. Según esta disposición, a efectos de la Directiva es beneficiario cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a o resida en un Estado miembro distinto del Estado de su nacionalidad. Del artículo 3, apartado 1, cabe inferir *contrario sensu* que la Directiva 2004/38 *no* se aplica a la relación entre un ciudadano de la Unión y el Estado miembro del que es nacional y en el que siempre ha residido.

26. Esta interpretación se ve corroborada si se observa el contexto normativo en que se incardina el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 y si se tiene en cuenta el objetivo de dicha Directiva.

27. El objetivo de la Directiva 2004/38 es facilitar a los ciudadanos de la Unión la *libre circulación* en el territorio de los Estados miembros. En consecuencia, la Directiva menciona a menudo de forma conjunta los conceptos de libre circulación y de residencia; [14] pretende «simplifi[car] y ref[orzar] el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión». [15]

28. En cuanto a la sistemática del artículo 3, apartado 1, ha de observarse que numerosas disposiciones de la Directiva 2004/38 hablan de la «entrada» [16] de un ciudadano de la Unión, de su residencia «en el territorio de otro Estado miembro» [17] o del «Estado miembro de acogida». [18] A este respecto, el Estado miembro de acogida es, en el sentido de la Directiva, «el Estado miembro al que se traslada el ciudadano de la Unión para ejercer su derecho de libre circulación y residencia». [19] Como muestran todas estas disposiciones, la Directiva 2004/38 regula la posición jurídica de un ciudadano de la Unión en un Estado miembro en el que reside *en el ejercicio de su derecho a la libre circulación* –en su caso, ya desde su nacimiento– [20] y cuya nacionalidad no posee.

29. Sin duda alguna, ello no excluye que la Directiva 2004/38 también se aplique de nuevo frente al país de origen de un ciudadano de la Unión cuando existe alguna conexión con el Derecho de la Unión. Así, conforme a una reiterada jurisprudencia, un ciudadano de la Unión que ha hecho uso de su derecho a la libre circulación y que desea regresar a su Estado miembro de origen puede invocar el

14 — Artículos 1, letra a), 3, apartado 2, y 5, apartado 4, así como los considerandos tercero y vigésimo segundo de la Directiva 2004/38.

15 — Tercer considerando de la Directiva 2004/38; en términos similares se expresan el título de la Directiva 2004/38 y el quinto considerando, en el que se habla del derecho de los ciudadanos de la Unión «a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros». Véase también la sentencia de 25 de julio de 2008, Metock y otros (C-127/08, Rec. p. I-6241), apartado 59, y las sentencias de 23 de febrero de 2010, Ibrahim (C-310/08, Rec. p. I-1065), apartado 49, y Teixeira (C-480/08, Rec. p. I-1107), apartado 60, así como la sentencia de 7 de octubre de 2010, Lassal (C-162/09, Rec. p. I-9217), apartado 30.

16 — Véanse, por ejemplo, los artículos 3, apartado 2, 5, 8, apartado 2, 15, apartado 2, 27, apartado 3, 29, apartados 2 y 3, 31, apartado 4, y los considerandos sexto y vigésimo segundo de la Directiva 2004/38.

17 — Artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38; en términos similares se expresa el undécimo considerando de esta Directiva, en el que se habla del «derecho fundamental y personal de residencia en otro Estado miembro».

18 — Artículos 2, 3, apartado 2, 5, apartado 3, 7, 8, 14 a 18, 22, 24, 28, 29, 31 y 33 y considerandos quinto, sexto, noveno, décimo, decimoquinto, decimosexto, decimoséptimo, decimoctavo, decimonoveno, vigésimo primero, vigésimo tercero y vigésimo cuarto de la Directiva 2004/38.

19 — Artículo 2, número 3, de la Directiva 2004/38.

20 — Véase el artículo 3, apartado 1, y el vigésimo cuarto considerando de la Directiva 2004/38; en el mismo sentido, las sentencias de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925), apartado 19, y Teixeira, citada en la nota 15, apartado 45.

Derecho de la Unión frente a este Estado. [21] Por otro lado, habrá de observarse lo mismo si un ciudadano de la Unión desea abandonar su Estado miembro de origen para trasladarse a otro Estado miembro en el ejercicio del derecho de libre circulación consagrado en el Derecho de la Unión. [22]

30. Sin embargo, una ciudadana de la Unión como la Sra. McCarthy, que ha residido siempre en el Estado miembro de su nacionalidad y que nunca ha hecho uso de su derecho a la libre circulación garantizado por el Derecho de la Unión, no queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38 ni en virtud del tenor del artículo 3, apartado 1, ni de conformidad con la finalidad y la sistemática de la citada disposición. Lo mismo cabe decir en relación con los miembros de la familia de la Sra. McCarthy, [23] puesto que sus derechos de entrada y de residencia –así como, con carácter general, la posibilidad de reunificación familiar– no descansan en un derecho propio a la libre circulación, sino que se infieren del derecho a la libre circulación de la ciudadana de la Unión y están dirigidos a la realización del mismo. [24]

31. A mi juicio, no se infiere otra cosa del derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión consagrado en el Derecho primario (artículo 21 TFUE, apartado 1, y artículo 45, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales). En verdad, es cierto que las normas de Derecho derivado deben interpretarse y aplicarse en consonancia con el Derecho primario –por ejemplo, con las libertades fundamentales de los Tratados–. [25] Ahora bien, desde mi punto de vista, la Directiva 2004/38 es conforme con los criterios de Derecho primario. En particular, no creo que los ciudadanos de la Unión puedan inferir del artículo 21 TFUE, apartado 1, un derecho de residencia frente al Estado miembro de su nacionalidad cuando –como ocurre en el caso de la Sra. McCarthy– falta todo elemento transfronterizo. [26]

32. Queda por examinar si la conclusión a la que acaba de llegarse puede verse modificada por la circunstancia de que la Sra. McCarthy posee la nacionalidad de dos Estados miembros de la UE, la británica y la irlandesa.

33. En primer lugar, ha de observarse que a una ciudadana de la Unión en la situación de la Sra. McCarthy no se le puede impedir de antemano que invoque su segunda

21 — Sentencias Singh, citada en la nota 10, apartados 19 a 23, y Eind, citada en la nota 10, apartados 32 a 36; en términos similares se expresa la sentencia de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279), en particular el apartado 46.

22 — Sentencia de 10 de julio de 2008, Jipa (C-33/07, Rec. p. I-5157), en particular apartados 17 y 18.

23 — En este sentido véase ya la sentencia de 27 de octubre de 1982, Morson y Jhanjan (35/82 y 36/82, Rec. p. 3723), apartados 11 a 18.

24 — En este sentido véase la sentencia Eind, citada en la nota 10, apartado 23.

25 — Véanse las sentencias de 26 de junio de 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros (C-305/05, Rec. p. I-5305), apartado 28, y de 19 de noviembre de 2009, Sturgeon y otros (C-402/07 y C-432/07, Rec. p. I-10923), apartado 48.

26 — Sostiene una tesis contraria la Abogado General Sharpston en sus conclusiones de 30 de septiembre de 2010 presentadas en el asunto Ruiz Zambrano (C-34/09, pendiente ante este Tribunal), en particular los puntos 91 a 97 y 122, primera frase.

nacionalidad –en el caso de autos, la irlandesa– mediante una mera remisión a la eventual falta de efectividad de esta nacionalidad. Ciertamente, en el presente asunto todo apunta a que la nacionalidad británica de la Sra. McCarthy es indudablemente la más efectiva, pues la Sra. McCarthy siempre ha vivido en Inglaterra y no solicitó su pasaporte irlandés sino hasta el momento inmediatamente anterior a su petición de derecho de residencia sobre la base del Derecho de la Unión. Sin embargo, como ha subrayado el Tribunal de Justicia, en el marco de la Unión Europea «no corresponde a la legislación de un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado». [27] En consecuencia, de conformidad con la jurisprudencia, la existencia de una doble nacionalidad puede ser perfectamente relevante para la apreciación de la posición jurídica de ciudadanos de la Unión frente a sus Estados miembros de origen. [28]

34. Así, la doble nacionalidad de un ciudadano de la Unión puede hacer necesario, para la determinación de su apellido, dejar de lado las normas internas de uno de sus Estados de origen, normas que regulan el apellido de una persona. [29] En efecto, el apellido es una parte esencial de la identidad de una persona. Por ello, todo ciudadano de la Unión debe poder confiar en que el nombre que lleva lícitamente en un Estado miembro sea reconocido en todos los demás Estados miembros. [30] Si surgieran dudas sobre la identidad del ciudadano de la Unión por ser su nombre distinto o tener una grafía distinta en función del Estado miembro, podría sufrir graves inconvenientes tanto de orden profesional como privado. [31]

35. Ahora bien, lo que puede valer en ámbitos como el de las normas que regulan el apellido de una persona no es forzosamente extrapolable al derecho de residencia aquí controvertido ni a la posibilidad, vinculada a tal derecho, de la reunificación familiar. Antes bien, la cuestión decisiva es la de si, en este contexto, la situación de un ciudadano de la Unión, habida cuenta de su doble nacionalidad, se distingue de una forma jurídicamente relevante de la situación de otros ciudadanos de la Unión que poseen únicamente la nacionalidad del Estado miembro de acogida.

36. Los elementos que caracterizan distintas situaciones y, de este modo, su carácter comparable, deben determinarse y apreciarse, en particular, a la luz del objeto y la finalidad del acto que establece la distinción de que se

27 — Sentencia de 7 de julio de 1992, Micheletti y otros (C-369/90, Rec. p. I-4239), apartado 10; de 2 de octubre de 2003, Garcia Avello (C-148/02, Rec. p. I-11613), apartado 28, y Zhu y Chen, citada en la nota 20, apartado 39.

28 — Sentencia Garcia Avello, citada en la nota 27, en particular los apartados 32 a 37. La sentencia Micheletti y otros, citada en la nota 27, pone igualmente de manifiesto la relevancia de la doble nacionalidad en el Derecho de la Unión, en particular frente a un Estado miembro cuya nacionalidad *no* posee el ciudadano de la Unión de que se trata.

29 — Sentencia Garcia Avello, citada en la nota 27, en particular los apartados 36, 37 y 45.

30 — En este sentido véase la sentencia de 14 de octubre de 2008, Grunkin y Paul (C-353/06, Rec. p. I-7639), en particular los apartados 23 y 31.

31 — Sentencias Garcia Avello, citada en la nota 27, apartado 36, y Grunkin-Paul, citada en la nota 30, apartados 23 a 28 y 32; en términos similares se expresó ya la sentencia de 30 de marzo de 1993, Konstantinidis (C-168/91, Rec. p. I-1191), apartado 16.

trata. Además, deben tenerse en cuenta los principios y objetivos del ámbito al que pertenece el acto en cuestión. [32]

37. El derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión para sí mismos y para los miembros de sus familias, derecho controvertido en el caso de autos, está dirigido a facilitar la libre circulación de los ciudadanos de la Unión en el territorio de los Estados miembros. [33] A este respecto, de la doble nacionalidad de una ciudadana de la Unión en la situación de la Sra. McCarthy no se deriva ninguna particularidad. En cuanto al derecho de residencia, se halla en la misma situación que los demás nacionales británicos que han vivido siempre en Inglaterra y nunca han abandonado su Estado de origen: no hace uso de su derecho a la libre circulación. [34]

38. Una ciudadana de la Unión como la Sra. McCarthy no se ve afectada en su libertad de circulación [35] ni es discriminada respecto a otros nacionales británicos que se hallan en una situación comparable. La mera circunstancia de que, además de la nacionalidad británica, posea también la nacionalidad irlandesa no impide que se le apliquen a ella y a los miembros de su familia las disposiciones del Derecho de la Unión relativas al derecho de entrada y de residencia.

39. Ha de reconocerse que de este modo puede darse que un ciudadano de la Unión que ha hecho uso de su derecho a la libre circulación pueda reclamar en virtud del Derecho de la Unión, para los miembros de su familia procedentes de Estados terceros, la aplicación de normas más generosas en materia del derecho de entrada y de residencia que un nacional del Estado miembro de acogida que siempre haya residido en el territorio de este. [36] Este problema es descrito comúnmente con el concepto de *discriminación de nacionales* o de *discriminación en sentido inverso.*

40. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, el Derecho de la Unión no ofrece ninguna solución a este problema. En efecto, la eventual diferencia de trato entre los ciudadanos de la Unión, en relación con la entrada y la residencia de los miembros de sus familias procedentes de Estados terceros, en función de si tales ciudadanos de la Unión han ejercido anteriormente su libertad de circulación, no se halla comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. [37]

32 — Sentencia de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (C-127/07, Rec. p. I-9895), apartado 26.

33 — Sentencia Metock y otros, citada en la nota 15, apartado 82; véase también el punto 27 *supra* de las presentes conclusiones.

34 — En ello se diferencia el presente asunto del asunto Zhu y Chen (sentencia citada en la nota 20), en el que la ciudadana de la Unión interesada, Catherine Zhu, *no* poseía la nacionalidad del Estado miembro de acogida, sino solo la de otro Estado miembro, de suerte que vivía en el Estado miembro de acogida desde su nacimiento *en el ejercicio de su derecho a la libre circulación* establecido en el artículo 21 TFUE, apartado 1 (antiguo artículo 18 CE, apartado 1). De igual modo, el presente asunto se diferencia del asunto Eind (sentencia citada en la nota 10), en el que el ciudadano de la Unión afectado sí poseía la nacionalidad del Estado miembro de acogida (Países Bajos), pero volvió a este país *tras el ejercicio de su derecho a la libre circulación.*

35 — Como subraya acertadamente el Gobierno irlandés, nada impide a la Sra. McCarthy establecerse en otro Estado miembro en el ejercicio de su derecho a la libre circulación, por ejemplo en Irlanda, a donde puede acompañarla su cónyuge en su condición de miembro de la familia.

36 — Véase la sentencia Metock y otros, citada en la nota 15, apartados 75 a 78.

37 — Sentencia Metock y otros, citada en la nota 15, apartados 77 y 78; en el mismo sentido se pronuncia una reiterada jurisprudencia sobre las libertades fundamentales de los Tratados; véase por ejemplo la sentencia de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon (C-212/06, Rec. p. I-1683), apartado 33.

41. En la doctrina, hasta ahora se ha considerado la posibilidad de inferir de la ciudadanía de la Unión una prohibición de discriminación de los nacionales. [38] La Abogado General Sharpston también ha definido recientemente su posición en este sentido. [39] Sin embargo, como el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones, la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho de la Unión. [40]

42. Indudablemente, no ha de descartarse que el Tribunal de Justicia reconsidere su jurisprudencia en un momento dado y se vea inducido en el futuro a inferir de la ciudadanía de la Unión una prohibición de discriminación de los nacionales. Al fin y al cabo, la vocación del estatuto del ciudadano de la Unión «es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros que permita a quienes se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico». [41]

43. Sin embargo, no me parece que el presente asunto sea el marco adecuado para someter la problemática de la discriminación de nacionales a un examen en profundidad. En efecto, una ciudadana de la Unión «estática» como la Sra. McCarthy no es en modo alguno discriminada respecto a los ciudadanos de la Unión «dinámicos». [42] Ello es así porque, aun prescindiendo de que la Sra. McCarthy no hubiera hecho uso de su derecho a la libre circulación y de que, en principio, le estuviera permitido invocar las disposiciones de la Directiva 2004/38, no cumpliría, sin embargo, los demás requisitos aplicables a los ciudadanos de la Unión para la adquisición de derechos de residencia de mayor duración.

44. La Sra. McCarthy ni trabaja ni dispone de recursos suficientes para sí y para su familia; no es «económicamente independiente», sino que percibe prestaciones estatales

38 — Borchardt, K.-D.: «Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, pp. 2057 y ss., en particular p. 2059; Edward, D.: «Unionsbürgerschaft – Mythos, Hoffnung oder Realität?», en: «Grundrechte in Europa» – *Münsterische Juristische Vorträge*, Münster, 2002, pp. 35 y ss., en particular p. 41; Edward, D.: «European Citizenship – Myth, Hope or Reality?», en: «Problèmes d'interprétation» – *À la mémoire de Constantinos N. Kakouris, Gedenkschrift*, Atenas/Bruselas, 2004, pp. 123 y ss., en particular pp. 131 a 133; Spaventa, E.: «Seeing the Wood despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects», *Common Market Law Review* 45, 2008, pp. 13 y ss., en particular pp. 30 a 39.

39 — Conclusiones presentadas en el asunto Ruiz Zambrano, citado en la nota 26, en particular los puntos 139 a 150.

40 — Sentencias de 5 de junio de 1997, Uecker y Jacquet (C-64/96 y C-65/96, Rec. p. I-3171), apartado 23; Garcia Avello, citada en la nota 27, apartado 26; de 12 de julio de 2005, Schempp (C-403/03, Rec. p. I-6421), apartado 20; Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon, citada en la nota 37, apartado 39, y de 22 de mayo de 2008, Nerkowska (C-499/06, Rec. p. I-3993), apartado 25.

41 — Sentencias de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Rec. p. I-6193), apartado 31, y de 16 de diciembre de 2008, Huber (C-524/06, Rec. p. I-9705), apartado 69; en términos similares, la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Eman y Sevinger (C-300/04, Rec. p. I-8055), en particular los apartados 57, 58 y 61. Sobre el estatuto de ciudadano de la Unión como «estatuto fundamental» véanse las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R (C-413/99, Rec. p. I-7091), apartado 82; Garcia Avello, citada en la nota 27, apartado 22, y de 2 de marzo de 2010, Rottmann (C-135/08, Rec. p. I-1449), apartado 43.

42 — En este sentido véanse también las conclusiones de la Abogado General Sharpston en el asunto Ruiz Zambrano, citadas en la nota 26, punto 146, según las cuales las situaciones de los ciudadanos de la Unión «estáticos» y «dinámicos» deben ser comparables.

de asistencia social en el Reino Unido. [43] Así pues, no cumple las exigencias materiales que impone el Derecho de la Unión a los ciudadanos de la Unión que deseen residir en el Estado miembro de acogida por un período superior a tres meses. [44] Tampoco existe indicio alguno que apunte a que la Sra. McCarthy haya trabajado en el pasado en el Reino Unido durante un período ininterrumpido de cinco años o a que disponga de recursos suficientes para sí y para su familia, lo cual constituiría el requisito fundamental para la adquisición de un derecho de residencia permanente. [45] Por consiguiente, la Sra. McCarthy no podría inferir del Derecho de la Unión, ni siquiera en condición de ciudadana «dinámica» de la Unión, su derecho de residencia.

45. En conclusión, y a la vista de este contexto, mantengo mi opinión de que ha de darse una respuesta negativa a la primera cuestión del órgano jurisdiccional remitente. Debe responderse a esta en el sentido de que una ciudadana de la Unión que es nacional de dos Estados miembros de la UE, pero que ha vivido siempre en uno solo de estos dos Estados, no puede reclamar en este Estado un derecho de residencia sobre la base de la Directiva 2004/38.

46. No obstante, si el Tribunal de Justicia considerase proseguir el desarrollo del estatuto de ciudadano de la Unión, [46] me parecería adecuado reabrir el procedimiento oral. En efecto, hasta ahora, en el presente asunto, las partes del procedimiento solo se vieron inducidas de forma marginal –hacia el final de la vista– a exponer sus argumentos sobre esta problemática. A mi juicio, debería brindárseles la oportunidad de abordarla más a fondo. Así, sería muy probable que otros Estados miembros se vieran inducidos a formular observaciones orales ante el Tribunal de Justicia.

B. *Concepto de «residencia legal» en el sentido del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38 (segunda cuestión prejudicial)*

47. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita información sobre el concepto de «residencia legal» en el sentido del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38. [47] Esencialmente, ha de elucidarse si este concepto comprende también la residencia de una ciudadana de la Unión que ha vivido siempre en un solo Estado miembro de acogida, de suerte que su derecho de residencia en dicho Estado durante todo el período de residencia se derivaba únicamente de la circunstancia de que

43 — Véase el punto 9 *supra* de las presentes conclusiones.

44 — Artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

45 — Artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38; véanse a este respecto en concreto mis observaciones sobre la segunda cuestión prejudicial (puntos 47 a 57 de las presentes conclusiones).

46 — En este sentido véanse también las conclusiones presentadas por la Abogado General Sharpston en el asunto Ruiz Zambrano, citadas en la nota 26.

47 — Diversas cuestiones sobre la interpretación del artículo 16 de la Directiva 2004/38 y en particular sobre el concepto de «residencia legal» suscitan también los asuntos pendientes Dias (C-325/09), Ziolkowski (C-424/10) y Szeja (C-425/10). Ahora bien, por cuanto se advierte, no versan sobre el caso de un ciudadano de la Unión que posea la nacionalidad del Estado miembro de acogida.

posee precisamente la nacionalidad de este Estado.

48. Esta cuestión está subordinada desde un punto de vista lógico a la primera. Si, como he propuesto, se da una respuesta negativa a la primera cuestión, [48] esta ciudadana de la Unión no estará comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38 y no deberá responderse a la segunda cuestión. Por consiguiente, a continuación abordaré la segunda cuestión únicamente de forma subsidiaria.

49. El concepto de residencia legal, que el artículo 16, apartado 1, convierte en requisito para la adquisición de un derecho de residencia permanente, no se define con más detalle en la Directiva 2004/38.

50. En la reciente sentencia Lassal, el Tribunal de Justicia tampoco ha resuelto, a mi juicio, este problema de forma definitiva, sino que se ha limitado a aclarar que «deben tomarse en consideración los períodos de residencia […], cubiertos conforme a instrumentos del Derecho de la Unión anteriores». [49] Esto no excluye en modo alguno que se tomen en consideración otros períodos de residencia cubiertos únicamente conforme a la normativa nacional en materia de extranjería.

51. Ciertamente, la exposición de motivos de la Directiva 2004/38 apunta a que por residencia legal se entiende primordialmente una residencia «de conformidad con las condiciones establecidas en la presente Directiva», es decir, una residencia a la que el afectado tenía derecho en virtud del Derecho de la Unión. [50] Sin embargo, a la vista de su contexto y de sus objetivos, las disposiciones de la Directiva 2004/38 no deben interpretarse de forma restrictiva. [51]

52. Mediante el derecho de residencia permanente consagrado en el artículo 16 de la Directiva 2004/38, el legislador de la Unión pretende «promover la cohesión social, que figura entre los objetivos fundamentales de la Unión», [52] y crear «un verdadero instrumento de integración en la sociedad del Estado miembro de acogida». [53] Se corresponde con este objetivo ampliar el grupo de beneficiarios de un derecho de residencia permanente a los ciudadanos de la Unión cuyo derecho de residencia en el Estado miembro de acogida se deriva únicamente de la normativa interna de dicho Estado en materia de extranjería; [54] en efecto, para la apreciación del grado de integración de un ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida es secundario saber de dónde procede su derecho de residencia.

48 — Véanse en particular los puntos 25 y 45 *supra* de las presentes conclusiones.

49 — Sentencia Lassal, citada en la nota 15, apartado 40.

50 — Decimoséptimo considerando de la Directiva 2004/38.

51 — Sentencias Metock, citada en la nota 15, apartados 84 y 93, y Lassal, citada en la nota 15, apartado 31.

52 — Decimoséptimo considerando de la Directiva 2004/38.

53 — Decimoctavo considerando de la Directiva 2004/38; véase además la sentencia Lassal, citada en la nota 15, apartado 32; en relación con la idea de integración véase también el apartado 37.

54 — Véanse en este sentido mis conclusiones de 20 de octubre de 2009 en el asunto Teixeira, citado en la nota 15, punto 119; parece decantarse por otra opinión la Abogado General Trstenjak (conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2010 en el asunto Lassal, citado en la nota 15, punto 88, último párrafo).

53. El artículo 37 de la Directiva 2004/38, según el cual no se verán afectadas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas más favorables de los Estados miembros, demuestra que puede haber casos en los que un derecho de residencia se deduce únicamente de la normativa interna del Estado miembro de acogida en materia de extranjería. Asimismo, en la jurisprudencia se recogen casos en los que la residencia de ciudadanos de la Unión en el respectivo Estado miembro de acogida no podía basarse en el Derecho de la Unión, sino únicamente en la normativa nacional sobre extranjería. [55] En modo alguno el Tribunal de Justicia declaró irrelevante tal residencia, sino que, al contrario, extrajo de ella conclusiones desde el punto de vista del Derecho de la Unión. [56]

54. Ahora bien, por residencia legal en el sentido del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38 solo puede entenderse una residencia basada en disposiciones de *Derecho extranjero,* y no, en cambio, una residencia cuya legalidad se deduce de la mera circunstancia de que el interesado es nacional del Estado miembro de acogida. En efecto, la Directiva 2004/38 está dirigida, como ya se ha expuesto, [57] a realizar y facilitar el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión. No pretende fomentar, por ejemplo, la integración, en la sociedad del Estado miembro de acogida, de los nacionales de este Estado que no han hecho nunca uso de su derecho a la libre circulación.

55. Entre un derecho de residencia que tiene su origen en la normativa extranjera y un derecho de residencia que se deduce de la nacionalidad del afectado en el Estado miembro de acogida existen diferencias cualitativas fundamentales. En efecto, mientras que los Estados miembros no pueden restringir en modo alguno el derecho de residencia de sus propios nacionales conforme a principios de Derecho internacional, [58] sí están facultados para permitir la residencia de extranjeros en su territorio únicamente en determinadas condiciones. Ello vale también para la residencia de ciudadanos de la Unión procedentes de otros Estados miembros, en cuyo caso deberán observarse simplemente los límites establecidos por el Derecho de la Unión. [59]

56. Si se permitiera invocar la Directiva 2004/38 a una ciudadana de la Unión en la situación de la Sra. McCarthy, que nunca ha hecho uso de su derecho a la libre circulación, ello acabaría por desembocar en un «Derecho a la carta»: [60] la ciudadana de la Unión podría disfrutar con su cónyuge de las ventajas de la Directiva 2004/38 relativas a la reunificación familiar, sin ajustarse a los objetivos de la

55 — Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Trojani (C-456/02, Rec. p. I-7573), en particular los apartados 36 y 37; en términos similares, la sentencia de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala (C-85/96, Rec. p. I-2691), en particular los apartados 14 y15, así como los apartados 60 y 61, aunque este último caso parecía tratarse más bien de una tolerancia fáctica de la residencia del ciudadano de la Unión.

56 — Sentencias Martínez Sala, apartados 64 y 65, y Trojani, apartado 39, citadas en la nota 55.

57 — Véanse mis observaciones sobre la primera cuestión prejudicial, en particular los puntos 27 y 28 de las presentes conclusiones.

58 — Véanse el punto 20 y la nota 10 *supra* de las presentes conclusiones.

59 — Véanse en particular los artículos 7, 8 y 27 a 33 de la Directiva 2004/38.

60 — En esta misma dirección apuntan las expresiones «*à la carte* approach» y «the best of both worlds» utilizadas por el Gobierno irlandés en la vista ante el Tribunal de Justicia.

Directiva –realizar y facilitar la libre circulación de personas– y sin estar sujeta a ninguna de las condiciones de la Directiva –por ejemplo, la exigencia de independencia económica establecida en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva–. Como han subrayado acertadamente varios de los Gobiernos participantes en el procedimiento, ello no se ajusta ni al espíritu ni a la finalidad de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de libre circulación y de derecho de residencia.

57. Por consiguiente, debería responderse a la segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente del siguiente modo:

La legalidad de la residencia, que de conformidad con el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38 constituye un requisito para la adquisición de un derecho de residencia permanente, puede derivarse del Derecho de la Unión o de la normativa interna sobre extranjería del Estado miembro de acogida.

Sin embargo, si un ciudadano de la Unión es nacional del Estado miembro de acogida y ha residido siempre en él en virtud de su nacionalidad, sin hacer uso de su derecho a la libre circulación, no se tratará de una «residencia legal» en el sentido del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

C. *Observaciones finales*

58. De conformidad con la solución que propongo, una ciudadana de la Unión en la situación de la Sra. McCarthy no puede apoyarse en el Derecho de la Unión para obtener para sí y para los miembros de su familia un derecho de residencia en el Estado miembro en el que siempre ha vivido y del que es nacional.

59. Ahora bien, como ya indicó el Tribunal de Justicia en el asunto Metock, [61] todos los Estados miembros son partes contratantes del CEDH. [62] Aunque este Convenio no garantiza en sí ningún derecho del extranjero a viajar a un determinado país o a permanecer en él, negar a una persona la entrada o la residencia en un país donde residen sus familiares cercanos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar, protegido por el artículo 8, apartado 1, del CEDH. [63]

61 — Sentencia dictada en la nota 15, apartado 79.

62 — Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 *(ETS* nº 5).

63 — Véanse al respecto las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 1991, Moustaquim/Bélgica (serie A, nº 193, p. 18, § 36); de 2 de agosto de 2001, Boultif/Suiza (Recueil des arrêts et décisions 2001-IX, § 39), y de 22 de abril de 2004, Radovanovic/Austria (nº 42703/98, § 30). Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido, respecto a la Unión Europea, que el derecho a vivir con los familiares próximos implica obligaciones de los Estados miembros, que pueden ser negativas, cuando se les prohíbe expulsar a una persona, o positivas, cuando se les obliga a autorizar a una persona a entrar y residir en su territorio [sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo, «Reagrupación familiar» (C-540/03, Rec. p. I-5769) apartado 52].

60. En estas circunstancias no ha de descartarse por completo que el Reino Unido, en virtud de su propia condición de miembro del CEDH, pueda estar obligado a conceder un derecho de residencia al Sr. McCarthy en su condición de cónyuge de una nacional británica que vive en Inglaterra. Ahora bien, esta no es una cuestión de Derecho de la Unión, sino únicamente una cuestión de vinculación del Reino Unido al CEDH, para cuya apreciación tienen competencia exclusiva los órganos jurisdiccionales nacionales y, en su caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

VI. Conclusión

61. A la vista de las consideraciones que anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la petición de decisión prejudicial del siguiente modo:

«Una ciudadana de la Unión que es nacional de dos Estados miembros de la UE, pero que ha vivido siempre en uno solo de estos dos Estados, no puede reclamar en este Estado un derecho de residencia sobre la base de la Directiva 2004/38/CE.»