

OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL

SR. M. POIARES MADURO

de 11 de junio de 2008¹

1. La presente petición de decisión prejudicial, que es objeto del procedimiento acelerado previsto en el artículo 104 *bis* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, versa sobre el alcance del derecho de residencia de los nacionales de países terceros, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión. La cuestión es sensible, puesto que lleva a distinguir entre lo sometido a las disposiciones relativas al derecho a circular y residir libremente de los ciudadanos de la Unión y lo que se vincula al control de la inmigración, materia en la que los Estados miembros siguen siendo competentes mientras que la Comunidad Europea no haya procedido a una armonización completa. La dimensión constitucional del tema explica la vivacidad del debate, en el que al menos diez Estados miembros han intervenido en apoyo del Gobierno demandado en el asunto principal para rechazar la interpretación defendida por los demandantes en el asunto principal y la Comisión de las Comunidades Europeas. Es cierto también que las opiniones precedentes del Tribunal de Justicia han contribuido a alimentarlo, al no verse con claridad la coherencia de la línea jurisprudencial diseñada. Por ello, las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 2004/38/CE² que

han sido planteadas en los presentes asuntos ofrecen al Tribunal de Justicia una buena ocasión de clarificar la jurisprudencia.

I. Hechos del asunto principal y cuestiones prejudiciales

2. La presente petición de decisión prejudicial ha sido planteada por la High Court (Irlanda) en el marco de un litigio relativo a cuatro asuntos acumulados que tienen por objeto impugnar la denegación de concesión de una autorización de residencia a un nacional de un tercer país casado con una ciudadana de la Unión establecida en Irlanda. En cada uno de los cuatro asuntos, un nacional de un tercer país entró directamente en Irlanda y presentó una solicitud de asilo político, que fue denegada. Posteriormente a su llegada a Irlanda, el interesado contrajo matrimonio con una nacional de otro Estado miembro establecida y que trabajaba en Irlanda. Una vez celebrado dicho matrimonio, solicitó una tarjeta de residencia («residence card») como cónyuge de un nacional de un Estado miembro que residía legalmente en Irlanda. Dicha concesión le fue denegada por el Ministro de Justicia, por no haber podido probar el solicitante que había residido legalmente en otro Estado

1 — Lengua original: francés.

2 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158, p. 77).

miembro antes de llegar a Irlanda, como exige la normativa irlandesa adoptada para adaptar el ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2004/38. Los solicitantes recurrieron contra las resoluciones ministeriales denegatorias del permiso de residencia, alegando que el requisito de la residencia legal previa en otro Estado miembro exigida por la normativa irlandesa, cuyo incumplimiento justificó las denegaciones impugnadas, es contrario a las disposiciones de la Directiva 2004/38.

3. Por ello, para poder examinar la procedencia de los recursos dirigidos contra las decisiones denegatorias del permiso de residencia controvertidas, el órgano jurisdiccional remitente estima necesario preguntar al Tribunal de Justicia, en esencia, si la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2004/38, más concretamente del derecho de residencia en favor del cónyuge no comunitario de un ciudadano de la Unión, puede supeditarse al requisito de una residencia legal en otro Estado miembro antes de la llegada de éste al Estado miembro de acogida. Ése es el objeto de la primera cuestión prejudicial. Aun cuando ello no fuera así, debería determinarse todavía si, en el caso de autos, puede denegarse a los nacionales de un tercer país la aplicación de lo dispuesto en la Directiva 2004/38, habida cuenta de que el artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva reserva el derecho a invocar sus disposiciones a los miembros de la familia que «acompañen» a un ciudadano de la Unión o «se reúnan» con él mientras que ellos sólo contrajeron matrimonio cuando ya se encontraban en territorio irlandés. De ahí las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que versan, en esencia, sobre la incidencia que tiene la fecha del matrimonio en la aplicabilidad de la Directiva 2004/38. A continuación examinaré estos dos puntos.

II. Apreciación

A. *La compatibilidad de la exigencia de residencia legal previa en otro Estado miembro con la Directiva 2004/38*

4. Preguntar si la Directiva 2004/38 permite supeditar el derecho de residencia que otorga a los nacionales de un tercer país, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro de acogida al requisito de una residencia legal previa en otro Estado miembro, equivale a plantearse cuál es el ámbito de aplicación del citado texto: ¿se aplica dicho texto únicamente a las familias que estaban establecidas en un Estado miembro antes de trasladarse al Estado miembro de acogida? Dicho de otro modo, ¿la Directiva 2004/38 garantiza sólo la libre circulación de los miembros no comunitarios de la familia de un ciudadano de la Unión o también, en algunos casos, el acceso de éstos al territorio de la Unión?

5. La Directiva 2004/38 no da una respuesta explícita. Se limita a reconocer en sus artículos 6, 7 y 16, un derecho de residencia a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro «y acompañen al ciudadano de la Unión, o se reúnan con él». Dado que la exégesis del citado texto no es de gran ayuda, es necesario hacer referencia a sus objetivos. La Directiva 2004/38 tiende a

garantizar el «derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros» reconocido a los ciudadanos de la Unión directamente por el artículo 18 CE.³ Las disposiciones de la citada Directiva deben interpretarse a la luz del derecho fundamental a circular y residir de los ciudadanos de la Unión. Los derechos previstos en ella deben entenderse desde una óptica funcional, de modo que se les reconozca sólo el alcance, pero todo el alcance, necesario para garantizar la efectividad del derecho a circular y residir de los ciudadanos de la Unión. Dicho de otro modo, se trata de determinar si el disfrute pleno y entero por el ciudadano de la Unión de su derecho de residencia implica que el derecho a residir de los miembros no comunitarios de la familia de un ciudadano de la Unión, que es un derecho derivado y dependiente del derecho del ciudadano de la Unión,⁴ supone un derecho de entrada en el territorio de la Unión.

6. A este enfoque y a la respuesta que puede desprenderse del mismo, los Estados miembros intervinientes no pueden oponer válidamente el reparto vertical de las competencias establecido en sus Constituciones. Si bien los Estados miembros siguen siendo en principio competentes en materia de control de la inmigración, y por lo tanto de admisión de nacionales de terceros países procedentes del exterior del territorio comunitario, de ello no puede deducirse que la Directiva 2004/38 se refiera únicamente a la circulación entre Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y miembros de su familia y no al acceso de estos últimos al territorio de la Unión. En efecto, según jurisprudencia reiterada, los Estados miembros deben ejercer sus competencias nacionales respetando el

Derecho comunitario y, en particular, las libertades fundamentales de circulación.⁵ Así, se ha declarado ya expresamente que las exigencias de respeto de la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión podían limitar el ejercicio por los Estados miembros de sus competencias,⁶ en particular el de aquellas de que disponen en materia de control de la inmigración.⁷

7. Para negar la aplicabilidad de la Directiva 2004/38 a la cuestión de la entrada de los miembros no comunitarios de la familia de un ciudadano de la Unión en el territorio de la Comunidad, tampoco puede invocarse válidamente la distribución de las competencias comunitarias tal como se desprende de las diferentes bases jurídicas previstas por el Tratado CE. Ciertamente, sólo el título IV del Tratado CE permite la adopción de actos legislativos comunitarios en materia de inmigración y de control en las fronteras exteriores,⁸ mientras que la Directiva 2004/38 se basa en el título III del Tratado CE. Pero ésta sólo regula directamente los derechos de los ciudadanos de la Unión y únicamente se refiere a los de los miembros de su familia en la medida en que son accesorios de los precedentes. El hecho de que, de este modo, dicha Directiva pueda tener alguna incidencia en la materia del control de la inmigración no supone ninguna

3 — Véase la sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R* (C-413/99, Rec. p. I-7091), apartado 84.

4 — Como recordatorio, véase la sentencia de 11 de diciembre de 2007, *Eind* (C-291/05, Rec. p. I-10719), apartados 23, 24 y 30.

5 — Como recordatorio, véase la sentencia de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, Rec. p. I-10837), apartado 29.

6 — Véanse las sentencias de 23 noviembre de 2000, *Elsen* (C-135/99, Rec. p. I-10409), apartado 33; de 2 de octubre de 2003, *García Avello* (C-148/02, Rec. p. I-11613), apartado 25; de 29 de abril 2004, *Pusa* (C-224/02, Rec. p. I-5763), apartado 22; de 15 de marzo de 2005, *Bidar* (C-209/03, Rec. p. I-2119), apartado 33; de 26 de octubre de 2006, *Tas Hagen y Tas* (C-192/05, Rec. p. I-10451), apartado 22, y de 22 de mayo de 2008, *Nerkowska* (C-499/06, Rec. p. I-3993), apartado 24.

7 — Véase la sentencia de 25 de julio de 2002, *MRAX* (C-459/99, Rec. p. I-6591). Véase asimismo la sentencia de 14 de abril de 2005, *Comisión/España* (C-157/03, Rec. p. I-2911).

8 — A título de ejemplo, véase la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251, p. 12), que otorga un derecho a la reagrupación familiar a los nacionales de terceros países.

usurpación de la competencia basada en el título IV, dado que su objeto esencial se limita a garantizar el ejercicio del derecho a circular y residir de los ciudadanos de la Unión.

8. Por lo tanto, queda por determinar si la plena eficacia de los derechos vinculados a la ciudadanía de la Unión supone que el derecho de residencia reconocido a los miembros de la familia del ciudadano de la Unión por la Directiva 2004/38 puede comprender, en determinados casos, el derecho de acceso al territorio comunitario. A este respecto, debe recordarse en primer lugar la importancia que tanto el legislador⁹ como el Tribunal de Justicia¹⁰ han dado a la protección de la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros para eliminar obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. Ese vínculo instrumental establecido entre el derecho al respeto de la vida familiar y las libertades de circulación ha llevado al Tribunal de Justicia a declarar, en particular, que las disposiciones del artículo 52 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artícu-

lo 43 CE) y las de la Directiva 73/148/CEE¹¹ deben ser interpretadas en el sentido de que obligan a un Estado miembro a autorizar la entrada y la residencia en su territorio del cónyuge, sea cual fuere su nacionalidad, del nacional de dicho Estado que se desplaza, con dicho cónyuge, al territorio de otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta ajena en el sentido del artículo 48 del Tratado (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) y que regresa para establecerse, en el sentido del artículo 52 del Tratado, en el territorio de su Estado de origen; según el Tribunal de Justicia, un nacional de un Estado miembro podría renunciar a abandonar su país de origen para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en el territorio de otro Estado miembro si, a su regreso al Estado miembro cuya nacionalidad posee para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, su cónyuge y sus hijos no estuvieran, a su vez, autorizados a entrar y a residir en el territorio de ese Estado en condiciones al menos equivalentes a las que el Derecho comunitario les reconoce en el territorio de otro Estado miembro.¹² Ese vínculo instrumental explica asimismo que el Tribunal de Justicia haya declarado que el artículo 49 CE, a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el Estado miembro de origen de un prestador de servicios establecido en ese mismo Estado, que presta servicios a destinatarios establecidos en otros Estados miembros, deniegue la residencia en su territorio al cónyuge, nacional de un país tercero, de dicho prestador.¹³ Incluso en la sentencia *Akrich*,¹⁴ en la que

9 — Tras haber recordado ya, en su quinto considerando que «para poder ejercerlo en condiciones objetivas de libertad y dignidad, el derecho de libre circulación exige [...] que se eliminen los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores, sobre todo en lo referente al derecho del trabajador a hacer venir a su familia», el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 127, p. 2; EE 05/01, p. 77), enuncia, en su artículo 10, el derecho de los miembros de la familia, con independencia de su nacionalidad, a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro. En términos muy parecidos, el quinto considerando de la Directiva 2004/38 recuerda que «el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad».

10 — Véanse las sentencias de 11 de julio de 2002, *Carpenter* (C-60/00, Rec. p. I-6279), apartado 38; *MRAX*, antes citada apartado 53; de 14 de abril de 2005, *Comisión/España*, antes citada, apartado 26; de 31 de enero de 2006, *Comisión/España* (C-503/03, Rec. p. I-1097), apartado 41, y *Eind*, antes citada, apartado 44.

11 — Directiva del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DO L 172, p. 14, EE 06/01, p. 132).

12 — Véase la sentencia de 7 de julio de 1992, *Singh* (C-370/90, Rec. p. I-4265).

13 — Véase la sentencia *Carpenter*, antes citada.

14 — Sentencia de 23 de septiembre de 2003 (C-109/01, Rec. p. I-9607).

el Tribunal de Justicia no reconoció, sobre la base del Reglamento nº 1612/68, un derecho de residencia en el Estado miembro de origen al que el ciudadano de la Unión había vuelto para establecerse con su cónyuge, nacional de un tercer país, en la medida en que éste no había residido legalmente con carácter previo en un Estado miembro, impuso, sin embargo, a las autoridades competentes del Estado miembro de origen que apreciaran la solicitud del cónyuge para entrar y residir en su territorio a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH,¹⁵ dado que estaba en juego la libertad de circulación del ciudadano de la Unión.

9. Si se sigue este enfoque, debe reconocerse que interpretar la Directiva 2004/38 en el sentido de que el derecho de residencia que otorga a los nacionales de un tercer país, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida, no les garantiza un derecho de acceso al territorio comunitario, es decir, que sólo les asiste tal derecho si han residido legalmente con carácter previo en otro Estado miembro, menoscabaría el derecho del ciudadano de la Unión a llevar una vida familiar normal y, por lo tanto, su derecho de residencia en el Estado miembro de acogida. En los litigios del asunto principal, la imposibilidad para los ciudadanos de la Unión establecidos en Irlanda de hacer venir desde el exterior de la Comunidad a sus cónyuges puede desvirtuar su libre elección de residir en ese Estado miembro, en la medida en que tiende a incitarles a abandonar el territorio irlandés para dirigirse a un Estado, sea un Estado miembro o un tercer Estado, en el que podrán llevar una vida común con sus cónyuges. Por consiguiente, la efectividad del derecho del

ciudadano de la Unión a residir en un Estado miembro distinto de su Estado de origen lleva a concebir el derecho de residencia derivado reconocido a los miembros no comunitarios de su familia por la Directiva 2004/38 como un derecho que comprende el derecho a reunirse con él, incluso cuando procedan directamente del exterior de la Unión. De lo antedicho se desprende que un Estado miembro no puede exigir válidamente a los miembros de la familia que hayan residido legalmente con carácter previo en otro Estado miembro para poder invocar disposiciones de la citada Directiva.

10. A tal interpretación de la Directiva 2004/38, el Gobierno irlandés y los Estados miembros intervinientes oponen la solución que deriva de la sentencia *Akrich*,¹⁶ según la cual el derecho de residencia reconocido por el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 al nacional de un tercer Estado, cónyuge de un ciudadano de la Unión, que se desplaza a un Estado miembro al que el ciudadano de la Unión ha emigrado, se supedita al requisito de una residencia legal previa en otro Estado miembro, en la medida en que dicho Reglamento se refiere únicamente a la libre circulación en el interior de la Comunidad y no dice nada acerca de los derechos de ese nacional de un tercer país, cónyuge de un ciudadano de la Unión, por lo que se refiere al acceso al territorio de la Comunidad.

11. Sin embargo, la solución de la sentencia *Akrich*, antes citada, no puede, por varias razones, revestir el alcance general que los Estados miembros pretenden atribuirle. Se aparta de una corriente jurisprudencial que supedita únicamente el derecho de residencia otorgado por la normativa comunitaria a

15 — Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

16 — Antes citada, apartados 49 a 51.

un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión a la mera comprobación de que existe un «vínculo familiar». Así lo había declarado el Tribunal de Justicia antes de 2003.¹⁷ Y así lo ha declarado con posterioridad a esa fecha.¹⁸ De ese derecho de residencia directamente reconocido por el Derecho comunitario por la mera existencia de un vínculo familiar, el Tribunal de Justicia dedujo la imposibilidad para un Estado miembro de adoptar medidas de alejamiento de un miembro no comunitario de la familia de un ciudadano de la Unión sólo por el hecho de no cumplir las formalidades legales relativas al control de los extranjeros¹⁹ y el carácter meramente de reconocimiento de la expedición de un permiso de residencia a dicho miembro.²⁰

12. Por otra parte, el propio Tribunal de Justicia, en la sentencia Jia,²¹ vinculó explícitamente el requisito de residencia legal previa formulado en la sentencia Akrich al contexto fáctico particular del asunto principal, en el que un nacional de un tercer país, cónyuge de un ciudadano de la Unión había residido ilegalmente en un Estado miembro y había tratado de sustraerse abusivamente a la aplicación de una normativa nacional en materia de inmigración. Habida cuenta de que el Sr. Akrich, casado con una nacional británica, no era titular de un derecho de residencia en el Reino Unido, había consentido, efectivamente, que se le expulsara a Irlanda, país en el que se había reunido con su esposa que se había instalado allí poco antes y tenía previsto volver al Reino Unido con su esposa invocando el derecho de residencia

reconocido por el Derecho comunitario en su condición de cónyuge de una ciudadana de la Unión que hace uso de su libertad de circulación.

13. Por último, debe tenerse en cuenta la novedad que representa la Directiva 2004/38. Aun suponiendo que la solución defendida en la sentencia Akrich, antes citada, no hubiera tenido un alcance limitado al contexto particular del caso (abuso de Derecho), fue dictada durante la vigencia del Reglamento nº 1612/68 y a efectos de su aplicación. Por consiguiente, como indica su tercer considerando, la Directiva 2004/38 no sólo trata de codificar sino también de revisar los instrumentos legislativos existentes para «reforzar» el derecho a circular y residir libremente de todos los ciudadanos de la Unión. Además, mientras que el Reglamento nº 1612/68 sólo se ocupaba, citando su título, de la «libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad», la Directiva 2004/38 es, en la línea jurídica enunciada por el artículo 18 CE, se refiere a los derechos de los ciudadanos de la Unión no sólo a «circular» sino también a «residir» libremente en el territorio de los Estados miembros. Dicho de otro modo, la libre circulación de los trabajadores y la normativa adoptada en aplicación tienden esencialmente a suprimir los obstáculos a la movilidad de los trabajadores. Por lo tanto, se ponía de relieve el efecto disuasorio sobre la salida de un Estado miembro o la entrada en él que podían tener las medidas adoptadas por los Estados miembros. Y, a fin de cuentas, este enfoque es el que inspira la *ratio decidendi* de la sentencia Akrich, antes citada. Tras haber recordado que el sistema de las disposiciones comunitarias tiene por objeto garantizar la libertad de circulación de los trabajadores en la Comunidad, cuyo ejercicio no puede penalizar al trabajador emigrante y a su familia, el Tribunal de Justicia declaró en efecto que, cuando un ciudadano de la Unión establecido en un Estado miembro, casado con un

17 — Véase la sentencia MRAX, antes citada, apartado 59.

18 — Véase la sentencia de 14 de abril de 2005, Comisión/España, antes citada, apartado 28.

19 — Véase la sentencia MRAX, antes citada, apartados 73 a 80.

20 — Véase la sentencia de 14 de abril de 2005, Comisión/España, antes citada, apartado 28.

21 — Sentencia de 9 de enero de 2007 (C-1/05, Rec. p. I-1).

nacional de un país tercero sin derecho a residir en ese Estado miembro, se traslada a otro Estado miembro para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, el hecho de que su cónyuge no sea titular, con arreglo al artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 del derecho a instalarse con él en ese otro Estado miembro no puede constituir un trato menos favorable que el que se les dispensaba antes de que dicho ciudadano de la Unión hiciera uso de las facilidades que le ofrece el Tratado en materia de circulación de las personas y, por consiguiente, la falta de tal derecho no puede disuadir al ciudadano de la Unión de ejercitar los derechos de circulación reconocidos por el artículo 39 CE. A la inversa, cuando un ciudadano de la Unión establecido en un Estado miembro, casado con un nacional de un país tercero con derecho a residir en ese Estado miembro, se traslada a otro Estado miembro para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, este traslado no debe traducirse en la pérdida de la posibilidad de vivir legalmente juntos, razón por la cual el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 concede a dicho cónyuge el derecho a instalarse en ese otro Estado miembro.²² En la actualidad, la Directiva 2004/38 pone el acento en el derecho a residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Por lo tanto, ya no sólo se trata de garantizar la movilidad sino también la estabilidad, el carácter perenne de la residencia en otro Estado miembro. Desde esta nueva perspectiva, se percibe fácilmente que la aplicación de un requisito de residencia legal previa exigido para poder acceder al derecho de residencia reconocido por la Directiva 2004/38 a los nacionales de un tercer país, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, podría afectar al mantenimiento de la residencia en el Estado miembro que el ciudadano de la Unión ha libremente elegido. Si su vida familiar cambia y el miembro de la familia no puede invocar el Derecho comunitario para reunirse con

él, por no haber residido legalmente con carácter previo en otro Estado miembro, el ciudadano de la Unión se verá abocado a abandonar el territorio del Estado miembro en el que había elegido establecerse por un Estado, sea un Estado miembro o un tercer Estado, en el que podrá reconstituir la unidad de la célula familiar. El menoscabo al derecho de llevar una vida familiar normal que supondría la exigencia de una residencia legal previa en otro Estado miembro afectaría así, a todas luces, a la efectividad del derecho de residencia. Ahora bien, no hay razón alguna para tratar de modo diverso los menoscabos a la vida familiar en función de que obstaculicen la libertad del ciudadano de la Unión para trasladarse a otro Estado miembro o la de residir en otro Estado miembro. Por consiguiente, dado que la Directiva 2004/38, al igual que el Reglamento nº 1612/68,²³ debe ser interpretada asimismo a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar, procede concluir que el derecho de residencia otorgado a los nacionales de terceros países, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, por la Directiva 2004/38 no puede estar supeditado a la existencia de una residencia legal previa de esos nacionales en otro Estado miembro.

14. Por último, debe recordarse que el hecho de que el derecho de residencia reconocido por la Directiva 2004/38 a los nacionales de un tercer país, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión comprenda un derecho de acceso al territorio de la Comunidad no significa que éste no pueda ser objeto de limitaciones por los Estados miembros. Tales limitaciones están expresamente previstas. El artículo 27 de citado texto recuerda la reserva tradicional de orden público a la libertad de circulación y

22 — Véase la sentencia Akrich, antes citada, apartados 51 a 54.

23 — Véanse las sentencias de 18 de mayo de 1989, Comisión/Alemania (249/86, Rec. p. 1263), apartado 10, y Baumbast y R, antes citada, apartado 72.

de residencia de un ciudadano de la Unión y de un miembro de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad. El artículo 35, por su parte, reserva el caso del abuso de Derecho o del fraude. Se contempla así, por supuesto, el caso de los matrimonios de conveniencia pero puede considerarse también que el abuso de Derecho cubre el supuesto Akrich de intento abusivo de sustraerse a la aplicación de una normativa nacional en materia de inmigración. Cabe señalar que esas limitaciones permitidas por la Directiva 2004/38 cubren las que el Tribunal de Justicia ha autorizado a los Estados miembros que establezcan, en el marco de la libre prestación de servicios, al derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH.²⁴

15. Por consiguiente, debe responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 2004/38 no autoriza a un Estado miembro a supeditar el derecho de residencia que otorga a los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, al requisito de una residencia legal previa de dichos nacionales en otro Estado miembro.

B. Incidencia de la fecha del matrimonio en el derecho de residencia otorgado por la Directiva 2004/38

16. Las cuestiones prejudiciales primeras segunda y tercera invitan, en esencia, al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre si el nacional de un tercer Estado puede invocar disposiciones de la Directiva 2004/38 para obtener el derecho a residir en el Estado

miembro de acogida con el ciudadano de la Unión del que es cónyuge, cuando entró el Estado miembro de acogida antes de contraer matrimonio, incluso antes de la llegada del ciudadano de la Unión. La cuestión se plantea porque el artículo 3, apartado 1, de la Directiva reserva la aplicación de sus disposiciones a los ciudadanos de la Unión y «a los miembros de su familia [...] que le acompañen o se reúnan con él». ¿No debe considerarse que esta formulación supone que el nacional de un tercer país debe haber obtenido el estatus de miembro de la familia antes de llegar al Estado miembro de acogida? Ésa es la opinión del Gobierno irlandés. De no ser así, ¿cómo puede considerarse que el nacional de un tercer país acompaña al ciudadano de la Unión, o se reúne con él, como miembro de su familia?

17. Sin embargo, los términos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 no apoyan verdaderamente la tesis del Estado miembro demandado en el litigio principal. La palabra «acompañar», en particular, puede indicar tanto un movimiento y ser entendida en el sentido de ir con como tener una connotación de estado y significar estar con. Este doble sentido, se encuentra en el equivalente del término francés utilizado en otras versiones lingüísticas, ya se trate de la palabra inglesa «accompany», de la palabra española «acompañar», de la palabra italiana «accompagnare» o de la palabra portuguesa «acompanhar». Por lo tanto, para disipar esta ambigüedad de formulación se hace necesario, de nuevo, acudir a una interpretación funcional. A este respecto, si el acento se pusiera únicamente en la movilidad de los nacionales comunitarios, sobre su libertad de trasladarse a otro Estado miembro, podría sostenerse con cierta pertinencia que el Derecho comunitario no garantiza al miembro de la familia un derecho a residir en el Estado miembro de acogida del ciudadano de la Unión emigrante, habida cuenta de que los vínculos

24 — Véase la sentencia Carpenter, antes citada.

familiares no se establecen hasta después de haber ejercido la libertad de circulación. En efecto, en ese supuesto, el hecho de impedir la reagrupación familiar no ha podido tener ningún efecto disuasorio sobre la libertad de desplazamiento del nacional comunitario.

18. Sin embargo, como es sabido, entre los derechos que el artículo 18 CE vincula al estatus de ciudadano de la Unión se encuentra también el derecho a residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Lógicamente, la Directiva 2004/38, que tiene por objeto regular el ejercicio del derecho fundamental a circular y residir de los ciudadanos de la Unión, se aplica, en virtud de su artículo 3, a todo ciudadano de la Unión «que se traslade a, o *resida en*» un Estado miembro distinto de aquel cuya nacionalidad posee. Pues bien, ya he señalado, en el marco de la respuesta a la primera pregunta, que el carácter perenne de la residencia del ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida quedaría en entredicho si no pudiera vivir en dicho Estado con los miembros de su familia. Por lo que atañe a la efectividad de su derecho de residencia, es irrelevante en qué momento una persona ha pasado a ser miembro de la familia. También es irrelevante que la persona que ha pasado a ser miembro de su familia se encontrara ya en el territorio del Estado miembro de acogida antes de la llegada del ciudadano de la Unión. Aun cuando el nacional de un tercer país, como ocurre en los asuntos del litigio principal, no hubiera contraído matrimonio con el ciudadano de la Unión hasta que éste se encontrara residiendo ya en el Estado miembro de acogida, o incluso si, en el momento del matrimonio, hubiera entrado ya en el Estado miembro de acogida, la negativa de dicho Estado miembro a otorgarle un permiso de residencia en su calidad de cónyuge de un ciudadano de la Unión, obstaculizando la vida familiar, afectaría de modo significativo a la residencia del ciudadano de la Unión en su territorio.

19. Ya en el contexto del Derecho de residencia vinculado a la libertad fundamental de circulación de los trabajadores, el Tribunal de Justicia ha declarado que un Estado miembro no puede, sin vulnerar el derecho de residencia reconocido a los trabajadores comunitarios y, por lo tanto, a los miembros de su familia por las Directivas 68/360/CEE²⁵ y 73/148, negarse a expedir un permiso de residencia al nacional de un tercer país que haya contraído matrimonio con un trabajador comunitario en el país de acogida después de haber entrado ilegalmente en dicho país.²⁶ Aquello que era cierto durante la vigencia de los textos anteriores a la Directiva 2004/38, lo sigue siendo *a fortiori* en la actualidad. Cabe recordar que la citada Directiva trata de «reforzar» el derecho de residencia de todos los ciudadanos de la Unión. Por consiguiente, es necesario concluir que los nacionales de un tercer país pueden reivindicar los derechos que la Directiva 2004/38 otorga a los miembros de la familia que «acompañan» al ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 3 de la citada Directiva, con independencia de la fecha en que hayan pasado a ser miembros de la familia de dicho ciudadano.

20. Por consiguiente, debe responderse a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 se aplica al nacional de un tercer país que es cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en el Estado miembro de acogida, con independencia de la fecha y el lugar de su matrimonio y de la fecha y el modo en que entró en el Estado miembro de acogida.

25 — Directiva del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 13; EE 05/01, p. 88).

26 — Véase la sentencia MRAX, antes citada, apartados 63 a 80.

III. Conclusión

21. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que dé la siguiente respuesta a las cuestiones planteadas por la High Court:

- «1) La Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, no autoriza a un Estado miembro a supeditar el derecho de residencia que otorga a los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, al requisito de una residencia legal previa de dichos nacionales en otro Estado miembro.

- 2) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 se aplica al nacional de un tercer país que es cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en el Estado miembro de acogida, con independencia de la fecha y el lugar de su matrimonio y de la fecha y el modo en que entró en el Estado miembro de acogida».