



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. YVES BOT
presentadas el 3 de octubre de 2013¹

Asunto C-378/12

Nnamdi Onuekwere
contra
Secretary of State for the Home Department

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber),
London (Reino Unido)]

«Derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros — Directiva 2004/38/CE — Artículo 16 — Continuidad de la residencia necesaria para la adquisición de un derecho de residencia permanente — Cómputo de períodos pasados en prisión en el Estado miembro de acogida»

1. Con la presente remisión prejudicial, el Tribunal de Justicia está llamado a precisar el concepto de «residencia legal», en el sentido del artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE.² Esta disposición prevé que se conceda un derecho de residencia permanente a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años consecutivos con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida.
2. Más concretamente, el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London (Reino Unido), pregunta al Tribunal de Justicia si una estancia en prisión puede considerarse residencia legal, en el sentido de la citada disposición.
3. En el caso de que el Tribunal de Justicia respondiera de manera negativa a esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si, a los efectos del cómputo de dicho plazo de cinco años, es posible añadir los períodos de residencia legal cumplidos antes y después de la estancia en prisión.
4. En las presentes conclusiones, señalaré las razones por las cuales considero que un período de internamiento en prisión no puede considerarse un período de «residencia legal» en el sentido del artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38 y no puede, en consecuencia, tenerse en cuenta en el cómputo del plazo de cinco años exigidos para adquirir el derecho de residencia permanente. Luego, explicaré porqué considero que los períodos de residencia legal que preceden y que siguen un internamiento en prisión no pueden incluirse en el cómputo de dicho plazo, al quedar el mismo interrumpido como consecuencia de dicho internamiento.

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

I. Marco jurídico

A. Directiva 2004/38

5. La Directiva 2004/38 agrupa y simplifica la legislación de la Unión en materia de libre circulación de las personas y de derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias.

6. En efecto, dicha Directiva suprime la obligación de que los ciudadanos europeos obtengan un permiso de residencia, crea un derecho de residencia permanente a favor de esos ciudadanos y de los miembros de sus familias y circunscribe la posibilidad de que los Estados miembros limiten la residencia en su territorio de los nacionales de otros Estados miembro.

7. El artículo 7, apartados 1 y 2, de dicha Directiva, titulado «Derecho de residencia por más de tres meses», establece:

«1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si:

- a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o
- b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, o
- c)
 - está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y
 - cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, o
- d) es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).

2. El derecho de residencia establecido en el apartado 1 se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él en el Estado miembro de acogida, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) del apartado 1.»

8. El artículo 16 de la Directiva 2004/38, titulado «Norma general para los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia», aparece redactado en los siguientes términos:

«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 éste. Dicho derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III.

2. El apartado 1 será asimismo aplicable a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años consecutivos con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida.
3. La continuidad de la residencia no se verá afectada por ausencias temporales no superiores a un total de seis meses al año, ni por ausencias de mayor duración para el cumplimiento de obligaciones militares, ni por ausencias no superiores a doce meses consecutivos por motivos importantes como el embarazo y el parto, una enfermedad grave, la realización de estudios o una formación profesional, o el traslado por razones de trabajo a otro Estado miembro o a un tercer país.
4. Una vez adquirido, el derecho de residencia permanente sólo se perderá por ausencia del Estado miembro de acogida durante más de dos años consecutivos.»

B. Derecho del Reino Unido

9. El Derecho interno del Reino Unido ha sido adaptado a la Directiva 2004/38 mediante las Immigration (European Economic Area) Regulations 2006 (Reglamento de Inmigración – Espacio Económico Europeo – de 2006), en su versión modificada por las Immigration (European Economic Area) (Amendment) Regulations 2009 (Reglamento de Inmigración – Espacio Económico Europeo – de 2009) (en lo sucesivo, «Reglamento de inmigración»).
10. En virtud del artículo 15, apartado 1, letra b), del Reglamento de inmigración, los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, pero que hayan residido en el territorio del Reino Unido con ese ciudadano durante un período ininterrumpido de cinco años adquirirán un derecho de residencia permanente.
11. El artículo 18, apartado 2, del Reglamento de inmigración señala que el Secretary of State for the Home Department (en lo sucesivo, «Secretary of State») deberá expedir la tarjeta de residencia permanente en el plazo de seis meses contados desde que la persona interesada la hubiera solicitado, acreditando que tiene derecho a su concesión.
12. El artículo 21 del Reglamento de inmigración está dirigido a transponer el artículo 28 de la Directiva 2004/38.

II. Hechos del procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

13. El Sr. Onuekwere es nacional de Nigeria. Alega haber llegado al territorio del Reino Unido en 1999. El 2 de diciembre de 1999, contrajo matrimonio con una nacional irlandesa con la que ha tenido dos hijos. El 5 de septiembre de 2000, se concedió al Sr. Onuekwere un permiso de residencia que le daba derecho a permanecer en el territorio del Reino Unido en calidad de cónyuge de un ciudadano de la Unión. Este permiso caducaba el 5 de septiembre de 2005.
14. El 26 de junio de 2000, el Sr. Onuekwere fue condenado a una pena de nueve meses de prisión, con suspensión de su ejecución durante dos años, por haber mantenido relaciones sexuales con un paciente del hospital en el que trabajaba y que estaba aquejado de una enfermedad mental. El órgano jurisdiccional remitente precisa que el período de suspensión concluyó sin que ingresara en prisión.

15. El 30 de septiembre de 2003, en un control fronterizo entre Francia y el Reino Unido, el Sr. Onuekwere fue detenido por ayudar a un pasajero a entrar ilegalmente en el territorio del Reino Unido, transportándolo en su propio vehículo. El Sr. Onuekwere fue puesto en libertad bajo fianza, pero no compareció ante el tribunal el día en que estaba citado, delito del que fue declarado culpable el 18 de agosto de 2004. El 16 de septiembre de 2004, el Sr. Onuekwere fue condenado a una pena de prisión de dos años y seis meses por los hechos ocurridos el 30 de septiembre de 2003.

16. El 16 de noviembre de 2005, fue puesto en libertad y el 18 de noviembre de 2005, el Secretary of State dictó una orden de expulsión contra el Sr. Onuekwere que éste recurrió. Dicho recurso resultó estimado mediante resolución de 1 de noviembre de 2006, por el motivo de que estaba casado con una ciudadana de la Unión que ejercitaba derechos derivados del Tratado CE.

17. El 26 de diciembre de 2007, en un control en carretera, el Sr. Onuekwere fue detenido por tener ilegalmente en su poder documentación falsa. El 8 de mayo de 2008, fue condenado por esos hechos, a una pena de dos años y tres meses de prisión. El órgano jurisdiccional remitente precisa que en la fecha en que fue condenado, ya había estado ciento nueve días en prisión preventiva.

18. El 6 de febrero de 2009, día en que el Sr. Onuekwere salió de prisión, el Secretary of State dictó una segunda orden de expulsión. Mediante resolución de 29 de junio de 2010, el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London, estimó el recurso interpuesto por el Sr. Onuekwere contra la misma. Este órgano jurisdiccional consideró que, pese a que la esposa de éste había ejercitado derechos derivados del Tratado entre abril de 1998 y mayo de 2004 y, en consecuencia, había adquirido un derecho de residencia permanente, no había ocurrido lo mismo con el Sr. Onuekwere, en la medida en que su ingreso en prisión, el 16 de septiembre de 2004, había impedido la consolidación de este derecho. No obstante, dicho órgano jurisdiccional consideró que no podía ser expulsado, por cuanto sus circunstancias personales debían prevalecer sobre el interés público de expulsarlo por razones de seguridad pública.

19. Tras esta resolución, el Sr. Onuekwere solicitó una tarjeta de residencia permanente. El 24 de septiembre de 2010, el Secretary of State dictó una resolución denegando dicha solicitud, que fue recurrida ante el First-tier Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), celebrándose una vista el 20 de junio de 2011. Dicho órgano jurisdiccional consideró que el Sr. Onuekwere tenía derecho a una tarjeta de residencia, pero no a un derecho de residencia permanente basado en una residencia continuada de cinco años.

20. El Sr. Onuekwere interpuso un recurso contra esta resolución ante el órgano jurisdiccional remitente, haciendo valer que, a la vista de la sentencia de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis,³ el período de prisión no interrumpía la continuidad de la residencia sino que era un mero factor que había de tenerse en cuenta.

21. Como señala el órgano jurisdiccional remitente, el período de unos cuatro años y diez meses comprendido entre el 2 de diciembre de 1999, fecha en que el Sr. Onuekwere contrajo matrimonio con una ciudadana de la Unión, y el 16 de septiembre de 2004, fecha de su ingreso en prisión, es ligeramente inferior al período de cinco años exigido a efectos de obtener el derecho de residencia permanente con arreglo al artículo 16 de la Directiva 2004/38.

3 — Asunto C-145/09, Rec. p. I-11979.

22. Al albergar dudas en cuanto a la interpretación que ha de darse a dicha disposición, el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London, ha resuelto suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

- «1) ¿En qué circunstancias, en su caso, un período de encarcelamiento puede considerarse período de residencia legal a efectos de adquirir un derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16 de la Directiva 2004/38?
- 2) Si el período de encarcelamiento no constituye un período de residencia legal, ¿puede una persona que ha cumplido una pena de prisión sumar los períodos de residencia anteriores y posteriores a su encarcelamiento a efectos de calcular el período de cinco años necesario para adquirir un derecho de residencia permanente en virtud de la Directiva?»

III. Análisis

23. Con su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia si el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38 ha de interpretarse en el sentido de que un período de internamiento en prisión puede considerarse un período de «residencia legal» y, de este modo, tenerse en cuenta en el cómputo del plazo de cinco años exigido a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente.

24. En el supuesto de que dicho período no pudiera considerarse como un período de «residencia legal», el órgano jurisdiccional desea averiguar, con su segunda cuestión, si dicha disposición ha de interpretarse en el sentido de que los períodos de residencia legal que preceden y que siguen un internamiento en prisión pueden acumularse a efectos del cálculo del mencionado plazo de cinco años.

A. Sobre el concepto de «residencia legal» en el sentido del artículo 16 de la Directiva 2004/38

25. De entrada, y con carácter previo, quisiera señalar cuáles son las razones por las que considero que la sentencia de 29 abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri,⁴ y también la sentencia Tsakouridis, antes citada, a las que aluden, en especial, el órgano jurisdiccional remitente y el Sr. Onuekwere no son pertinentes en el presente asunto.

26. En el asunto que dio lugar a la sentencia Orfanopoulos y Oliveri, antes citada, una de las cuestiones planteada era, en síntesis, la de si el Sr. Orfanopoulos había conservado su condición de trabajador, en el sentido del Derecho de la Unión, pese a haber ingresado en prisión, al estar supeditada la conservación del derecho de residencia a la condición de trabajador o, en su caso, de persona en busca de empleo. No se trataba, por lo tanto, en aquel asunto, de determinar el efecto del internamiento en prisión en la continuidad de la residencia legal a efectos de la adquisición de un derecho de residencia permanente –derecho que aún no existía para el ciudadano de la Unión cuando se pronunció dicha sentencia–, sino de determinar el efecto de tal internamiento en prisión en el mantenimiento de la condición de trabajador, a los efectos de la conservación del derecho de residencia.

27. En cuanto al asunto que dio lugar a la sentencia Tsakouridis, antes citada, se trataba de determinar en qué medida las ausencias del territorio del Estado miembro de acogida durante el período a que se refiere el artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38, esto es, durante los diez años previos a la decisión de expulsión del interesado, privan a éste del derecho a la protección reforzada. Ante esta cuestión, el Tribunal de Justicia se limitó a indicar que el hecho de que el interesado hubiera sido

4 — Asunto C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257.

objeto de un regreso forzoso al Estado miembro de acogida, con el fin de cumplir una pena de prisión, y el tiempo pasado en prisión preventiva, junto con los aspectos enumerados en el apartado 33 de dicha sentencia podían tenerse en cuenta al realizar el examen global exigido para determinar si se habían roto los vínculos de integración establecidos anteriormente con el Estado miembro de acogida.⁵

28. Lo que se pedía al Tribunal de Justicia en el citado asunto no era que precisara el concepto de residencia legal, concepto que, por otra parte, no se encuentra en la redacción del artículo 28 de dicha Directiva, sino que interpretara el sistema de protección contra la expulsión establecido por dicha disposición. Las condiciones de concesión y de pérdida del derecho de residencia permanente deben distinguirse de las relativas a la pérdida de la protección reforzada.⁶ Por lo tanto, considero que las sentencias Orfanopoulos y Oliveri, y Tsakouridis, antes citadas, no son pertinentes en el caso de autos.

29. En cambio, otras sentencias recientes del Tribunal de Justicia aportan algunos elementos que pueden servir para dar respuesta a la primera cuestión.

30. En efecto, en la sentencia de 21 de diciembre de 2011, Ziolkowski y Szeja,⁷ el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de definir, por primera vez, el concepto de «residencia legal» en el sentido del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38. De esta manera, el concepto implícito en los términos «que hayan residido legalmente», enunciados en esta disposición, debe entenderse referido a una residencia de conformidad con las condiciones previstas por esta Directiva, en especial, las enunciadas en su artículo 7, apartado 1.⁸

31. Por otra parte, en la sentencia de 8 de mayo de 2013, Alarape y Tijani,⁹ el Tribunal de Justicia consideró que, a efectos de la aplicación del artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38, ha de señalarse que la adquisición del derecho de residencia permanente de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro depende, en cualquier caso, por un lado, de que ese ciudadano cumpla él mismo las condiciones enunciadas en el artículo 16, apartado 1, de la Directiva y, por otro lado, de que esos miembros hayan residido con él durante el período de que se trate.

32. En lo que respecta a la adquisición del derecho de residencia permanente por los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, esta obligación de residir con ese ciudadano en el Estado miembro de acogida durante el período de que se trate presupone que éstos tengan también un derecho de residencia, en virtud del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38, como miembros de la familia que acompañan a ese ciudadano o van a reunirse con él.¹⁰ Recuérdese que dicha disposición señala que el derecho de residencia establecido para los ciudadanos de la Unión, con arreglo al apartado 1 de dicho artículo, se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él en el Estado miembro de acogida, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en el artículo 7, apartado 1, letras a), b) o c), de dicha Directiva.

5 — Sentencia Tsakouridis, antes citada (apartado 34).

6 — Véase, en este sentido, la sentencia Tsakouridis, antes citada (apartados 30 y ss.), en la que el Tribunal de Justicia, por lo que se refiere a la interpretación del artículo 28 de dicha Directiva, se niega a realizar un razonamiento por analogía con el artículo 16, apartado 4, de ésta.

7 — Asuntos C-424/10 y C-425/10, Rec. p. I-14035.

8 — Apartado 46.

9 — C-529/11.

10 — Apartado 36.

33. En consecuencia, de ello se desprende que, a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, con arreglo al artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38, sólo pueden computarse los períodos de residencia de esos miembros que cumplan la condición prevista en el artículo 7, apartado 2, de ésta.¹¹

34. De esta jurisprudencia puede colegirse lo siguiente. El derecho de residencia permanente de un nacional de un tercer país miembro de la familia de un ciudadano de la Unión no es un derecho autónomo sino un derecho derivado del derecho de residencia permanente de este ciudadano. De igual modo, el derecho de residencia de este nacional de un tercer país dimana directamente del derecho de residencia de dicho ciudadano conseguido con arreglo al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

35. Según el Sr. Onuekwere, poco importa que, durante los cinco años de residencia legal exigidos con arreglo al artículo 16, apartado 2, de esta Directiva, haya ingresado en prisión. Considera, en efecto, que, a pesar de sus estancias en prisión, en la medida en que su esposa, ciudadana de la Unión, cumple los requisitos del artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva y disfruta de un derecho de residencia permanente, él mismo puede beneficiarse de ese derecho. Además, por lo que se refiere al requisito de residencia *con* el ciudadano de la Unión recogido en el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38 en la expresión «hayan residido legalmente [...] con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida», el Sr. Onuekwere considera que no hay una obligación de convivencia entre este ciudadano que ejerce su derecho de libre circulación y de residencia, y el cónyuge, miembro de su familia, de manera que sería posible considerar que las estancias en prisión equivalen a una residencia con el ciudadano de la Unión.

36. No puedo suscribir este análisis.

37. Antes que nada, por lo que se refiere a la expresión «con el ciudadano de la Unión», contenida en el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38, el Tribunal de Justicia ha venido considerando, desde los años ochenta, que la convivencia de un trabajador migrante con un nacional de un tercer país miembro de la familia de este trabajador no exige que este miembro de la familia necesariamente viva con él permanentemente, sino sólo que la vivienda de que disponga el trabajador pueda ser considerada como normal para acoger a su familia. Por consiguiente, no puede considerarse que implícitamente se exija el requisito de una única vivienda familiar permanente.¹² En ese asunto, se trataba de una nacional de un tercer país que vivía separada de su esposo, trabajador migrante, y que deseaba obtener un derecho de residencia en virtud del artículo 10 del Reglamento (CEE) n° 1612/68.¹³ Así, el Tribunal de Justicia declaró que, no es necesario, a los efectos de dicha disposición, que los miembros de la familia de un trabajador migrante vivan permanentemente con él para que puedan ser titulares de un derecho de residencia con arreglo a dicha disposición.

38. Esta interpretación es igualmente válida para los instrumentos de Derecho de la Unión posteriores al Reglamento n° 1612/68, en este caso, para la Directiva 2004/38. En mi opinión, la expresión «con el ciudadano de la Unión», recogida en artículo 16, apartado 2, de esta Directiva, no debe interpretarse literalmente, ni tampoco, por lo tanto, estrictamente, so pena de excluir a algunos beneficiarios legítimos de los derechos que dicha Directiva les confiere normalmente y so pena, también, de conculcar el derecho al respeto a la vida privada y familiar al que toda persona es acreedora en virtud del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

11 — Apartado 37.

12 — Véase la sentencia de 13 de febrero de 1985, Diatta (267/83, Rec. p. 567), apartado 18.

13 — Reglamento del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77).

39. En efecto, pueden existir situaciones en las cuales, por circunstancias obligadas, el ciudadano de la Unión y el nacional de un tercer país miembro de su familia no pueden vivir bajo el mismo techo de manera permanente. Por ejemplo, el ciudadano de la Unión puede verse abocado a vivir durante la semana, o incluso durante un tiempo prolongado, en una región distinta de aquella en la que vive con su cónyuge nacional de un tercer país. Esto es especialmente así en nuestra sociedad actual, en la que se exige a menudo la movilidad profesional y geográfica. De igual manera, un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión puede tener el estatuto de estudiante y verse obligado a seguir sus estudios en una ciudad distinta de aquella en la que el grupo familiar sigue conservando su domicilio principal.

40. Además, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el hecho de que los hijos de un ciudadano de la Unión no vivan permanentemente con este último no afecta a los derechos que les confieren los artículos 10 y 12 del Reglamento n° 1612/68. El artículo 10 de dicho Reglamento, cuando prevé que el miembro de la familia del trabajador migrante tendrá derecho a instalarse con el trabajador, no exige que el miembro de la familia de que se trate viva con él permanentemente, sino que sólo exige, tal como indica el apartado 3 de dicho artículo, que la vivienda de que disponga el trabajador pueda considerarse normal para acoger a su familia.¹⁴

41. Por lo tanto, la obligación de residir con el ciudadano de la Unión durante un período continuado de cinco años consecutivos, establecida en el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38, no significa que la convivencia bajo el mismo techo deba ser permanente.

42. No por ello considero, como se verá, que los períodos de residencia pasados en la cárcel puedan considerarse períodos de residencia legal a efectos de estas disposiciones, ni incluirse en el cómputo del plazo de cinco años exigido en dicha disposición a los efectos de obtener un derecho de residencia permanente.

43. Procede recordar la finalidad de la Directiva 2004/38. Como ya expresé en mis conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia Ziolkowski y Szeja, antes citada, de los considerandos tercero y decimoséptimo de dicha Directiva se desprende que la finalidad de la misma consiste en lograr un sistema que gire en torno al refuerzo de la cohesión social, en el que el derecho de residencia permanente aparece como un factor clave como elemento de la ciudadanía de la Unión, ciudadanía llamada a ser la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia. De este modo, la voluntad del legislador de la Unión es conseguir, para los ciudadanos de la Unión que cumplan las condiciones de adquisición de este derecho de residencia permanente, una igualdad de trato casi total con los nacionales.¹⁵

44. Por tanto, el derecho de residencia permanente va más allá del simple derecho de residencia y de circulación en el territorio de la Unión. Está diseñado para crear en los ciudadanos de la Unión un sentimiento de completa pertenencia a la sociedad del Estado miembro de acogida, en particular, removiendo todos los obstáculos administrativos que puedan existir para los no-nacionales.¹⁶ De esta manera, una vez obtenido, el derecho de residencia permanente no está sometido a ninguna de las condiciones del capítulo III de la Directiva 2004/38, en particular, a las enumeradas en su artículo 7.

45. Ciertamente, en el presente asunto, se trata de un nacional de un tercer país miembro de la familia de un ciudadano de la Unión. No obstante, el efecto buscado no es por ello menos importante. En primer lugar, el legislador de la Unión ha querido preservar la unidad familiar, intrínsecamente vinculada con el derecho a la protección de la vida familiar, permitiendo la reagrupación familiar y

14 — Véase la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R (C-413/99, Rec. p. I-7091), apartados 58 a 62. Para una jurisprudencia más reciente, véase también la sentencia de 8 de noviembre de 2012, Iida (C-40/11), apartado 58, en la que el Tribunal de Justicia indicó que no es necesario que el cónyuge viva permanentemente con el ciudadano de la Unión para que pueda ser titular de un derecho derivado de residencia.

15 — Véanse los puntos 50 y 51 de las dichas conclusiones.

16 — Véase p. 3 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 [COM(2001) 257 final].

facilitando, de este modo, la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, de manera que ya no se disuada a estos últimos de desplazarse para evitar alejarse de sus familias.¹⁷ Además, al conceder también un derecho de residencia permanente a los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, el legislador de la Unión también pretende preservar dicha unidad familiar favoreciendo igualmente en estos nacionales de terceros un sentimiento de pertenencia a la sociedad del Estado miembro que los acoge.

46. En realidad, lo que la concesión de un derecho de residencia permanente viene a suponer en la práctica para los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la Unión es su equiparación con dicho ciudadano, siempre y cuando hayan residido con él al menos cinco años en el territorio del Estado miembro de acogida. En efecto, para el legislador de la Unión, un período lo suficientemente largo de residencia en el territorio del Estado miembro de acogida es una prueba de los estrechos lazos que el ciudadano de la Unión o el miembro de la familia de este último han desarrollado con dicho Estado y, por ello, de su verdadera integración.

47. Por lo tanto, el sistema establecido por la Directiva 2004/38 y, más concretamente, la creación de un derecho de residencia permanente se basan en la idea de que una verdadera integración ha de ser, de algún modo, recompensada y que debe, al menos, reforzar este sentimiento de pertenencia a la sociedad del Estado miembro de acogida.

48. En consecuencia, si un sistema de esta índole se basa en una verdadera integración del interesado, ¿cómo puede admitirse que una persona que haya tenido varias estancias en prisión pueda beneficiarse de un derecho de residencia permanente? ¿No es cierto que lo primero exigible de aquel que pretenda integrarse en la sociedad del Estado miembro de acogida es que cumpla las leyes y los valores de esa sociedad?

49. Considero que así debe ser. Como señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia de 21 de julio de 2011, *Dias*,¹⁸ y como recordé en mis conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia de 22 de mayo de 2012, I.,¹⁹ la integración, a la que contribuye la adquisición del derecho de residencia permanente previsto en el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38, no se basa sólo en circunstancias espaciales y temporales, sino también en aspectos cualitativos, relacionados con el grado de integración en el Estado miembro de acogida.²⁰

50. Los períodos de residencia cumplidos en prisión indican necesariamente un grado de integración débil de la persona afectada. Con mayor motivo cuando, como ocurre en el asunto principal, se trata de una persona varias veces reincidente. En mi opinión, un comportamiento merecedor de reproche penal indica claramente la falta de voluntad de su autor de integrarse en la sociedad del Estado miembro de acogida.

51. Llevando hasta el extremo el razonamiento expuesto por el Sr. Onuekwere, se pone de manifiesto su total contradicción con el espíritu de la Directiva 2004/38 y con la finalidad que la misma persigue. En efecto, la tesis sostenida por el Sr. Onuekwere supone, en último término, considerar que, cuanto más grave sea la pena y, en consecuencia, cuanto más dure la estancia en prisión, mayor es la integración de la persona de que se trate en la sociedad del Estado miembro de acogida. Así, por ejemplo, un nacional de un tercer país miembro de la familia de un ciudadano de la Unión condenado a veinte años de prisión por homicidio podría reivindicar un derecho de residencia permanente al cabo de cinco años de internamiento en prisión, siempre que su cónyuge cumpla las condiciones establecidas en el artículo 7, apartado 1, de esta Directiva y haya adquirido para sí un derecho de residencia permanente.

17 — Véase p. 5 de esta propuesta de Directiva.

18 — Asunto C-325/09, Rec. p. I-6387.

19 — Asunto C-348/09.

20 — Sentencia *Dias*, antes citada (apartado 64).

52. Es obligado reconocer que este razonamiento, además de insensato, va contra el objetivo perseguido por dicha Directiva, que es, en particular, promover la cohesión social a través de la creación de un derecho de residencia permanente y reforzar el sentimiento de ciudadanía de la Unión. ¿Será necesario recordar, a este respecto, que la ciudadanía constituye para el ciudadano una garantía de pertenencia a una comunidad política y de Derecho?

53. Por último, y dado que me he referido a mis conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia Tsakouridis, antes citada,²¹ y que el Sr. Onuekwere considera que resultaría incompatible con el objetivo de la integración y con la finalidad de reinserción de la pena no computar los períodos de residencia pasados en prisión, precisaré lo siguiente.

54. Es evidente que, con arreglo a los imperativos de los principios fundamentales del Derecho sancionador, toda pena debe responder a una finalidad de reinserción, que ha de quedar garantizada a través de sus diversas formas de ejecución. Sin embargo, si se ha impuesto una pena, es, desde luego, porque el delincuente no ha acatado los valores expresados por la sociedad en su Derecho penal. Y si la reinserción debe ocupar el lugar que le corresponde, esto se debe, sin duda, a que no hubo inserción, lo cual explica la comisión de la infracción, o a que la infracción puso fin a la inserción.

55. Además de la finalidad de reinserción, la pena tiene una finalidad esencial, la retributiva, finalidad que consiste en hacer pagar por la infracción cometida y que es proporcionada a la gravedad de dicha infracción, y que se refleja en este caso en una medida de privación de libertad. Estas funciones no pueden excluirse mutuamente. El hecho de que exista una finalidad de reinserción no puede tener como consecuencia que este período “de retribución” cree, en favor del condenado, un derecho cuya obtención requiere el reconocimiento y la aceptación de los valores sociales que el condenado ha conculcado, precisamente, con su actuación delictiva.

56. Por esta misma razón considero que ni siquiera en el contexto una ejecución de la pena que pueda realizarse, por ejemplo, a través de un arresto domiciliario o de una pena de prisión en régimen abierto, con obligación del condenado de volver al centro penitenciario por la noche, es posible considerar que la residencia del interesado sea legal en el sentido del artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

57. Por el conjunto de estos motivos, mi opinión es que esta disposición ha de interpretarse en el sentido de que un período de encarcelamiento no puede calificarse de «residencia legal» y, por lo tanto, no puede tenerse en cuenta en el cómputo del plazo de cinco años exigidos a los efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente.

B. Sobre la acumulación de los períodos de residencia legal a los efectos del cómputo del plazo de cinco años

58. La segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente está íntimamente relacionada con la primera. Por ello, en el supuesto de que se diera una respuesta negativa a esta primera cuestión, el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London, quiere averiguar, esencialmente, si el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38 ha de interpretarse en el sentido de que los períodos de residencia legal que preceden y que siguen un encarcelamiento pueden acumularse a efectos del cómputo del plazo de cinco años exigido.

59. En otros términos, la cuestión radica en determinar si la prisión interrumpe la continuidad de la residencia legal, en cuyo caso los períodos de residencia legal cumplidos antes y después de este internamiento en prisión no pueden tenerse en cuenta.

21 — Puntos 47 a 50 de las presentes conclusiones.

60. Para el Gobierno alemán y la Comisión, podrían tenerse en cuenta algunos períodos. Según el Gobierno alemán, el artículo 16, apartado 3, de la Directiva 2004/38 debe aplicarse por analogía. Sostiene así que varias estancias en prisión de una duración superior a seis meses al año o un internamiento único de más de doce meses interrumpirían la continuidad de la residencia legal requerida a los efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente. Del mismo modo, según el mismo Gobierno, los períodos de prisión inferiores a dichos plazos interrumpen la continuidad de esta residencia cuando la infracción que motivó el encarcelamiento demuestra de manera palpable la falta de voluntad del interesado de integrarse en la sociedad del Estado miembro de acogida o de respetar sus valores.

61. Por su parte, la Comisión estima que la toma en consideración de ciertos períodos pasados en prisión depende, en particular, del grado de integración del interesado antes del ingreso en prisión, la duración del internamiento, la gravedad de la infracción cometida y por la que ha sido condenado, y el hecho de si ha concurrido o no la circunstancia de reincidencia. La Comisión estima, en consecuencia, que en el presente caso debería realizarse un examen de proporcionalidad.

62. No comparto la postura del Gobierno alemán ni la de la Comisión.

63. Como se ha visto, el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38 enuncia un requisito de continuidad de la residencia, al exigir que un miembro de la familia en la situación del Sr. Onuekwere haya residido legalmente durante un período continuado de cinco años consecutivos con el ciudadano de la Unión. Esta disposición debe leerse a la luz de los objetivos de dicha Directiva, expresados, en particular, en los considerandos decimoséptimo y décimo octavo, a saber, favorecer la cohesión social y permitir la integración de los que llegan a la sociedad del Estado miembro de acogida a través del establecimiento de buenas relaciones sociales, familiares y profesionales en ese Estado. Además, los trabajos preparatorios relativos a la Directiva 2004/38 evidencian la importancia de la construcción de un vínculo fuerte de integración con el Estado miembro de acogida como prerrequisito para la obtención del derecho de residencia permanente. Así pues, el requisito enunciado en el artículo 16, apartado 2, de esta Directiva expresa la presunción de que un período continuado de cinco años ha permitido al individuo interesado trabar sólidos vínculos de integración con la sociedad del Estado miembro de acogida.

64. En consecuencia, a la vista de las observaciones que he expresado en el marco de la primera cuestión, me parece que si fuera posible tener en cuenta los períodos de residencia legal transcurridos antes y después de la prisión a efectos del cómputo del plazo de cinco años exigido, se negaría, en realidad, la falta de integración del interesado, y se comprometería el efecto útil perseguido por el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38. El ingreso en prisión a raíz de una infracción de las normas de la sociedad del Estado miembro de acogida constituye, precisamente, una prueba de que la persona de que se trata no estaba integrada en esa sociedad. Una vez más, esto es más patente cuando el interesado es reincidente.

65. El hecho de sumar períodos de residencia anteriores y posteriores a la ejecución de la pena resulta, por lo tanto, incoherente con la finalidad buscada por dicha Directiva. Proceder de este modo supondría desnaturalizar la expresión «período continuado de cinco años consecutivos» que figura en el artículo 16, apartado 2, de dicha Directiva e ignorar el requisito de continuidad del proceso de integración.

66. En mi opinión, la redacción del artículo 16, apartado 3, de dicha Directiva no cambia en nada este análisis. Esta disposición ofrece algunos ejemplos de ausencias temporales que no afectan a la continuidad de la residencia legal. Tal es el caso de las ausencias de seis meses al año, como máximo, de las ausencias de duración aún mayor por motivo de obligaciones militares, de las ausencias de doce meses consecutivos, como máximo, por motivos importantes como el embarazo y el parto, una enfermedad grave, estudios o una formación profesional o también el traslado por razones de trabajo.

67. Leyendo esta disposición, se observa, en primer lugar, que las ausencias mencionadas constituyen ausencias del territorio del Estado miembro de acogida. Por tanto, considero difícil equiparar los períodos de residencia cumplidos en prisión con la ausencia del territorio de este Estado.

68. Además, estas ausencias no están motivadas por comportamientos merecedores de un reproche penal que afecten al grado de integración de la persona afectada. Representan, en particular, acontecimientos en la vida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia nacional de un tercer país que les obligan a abandonar temporalmente el territorio del Estado miembro de acogida. Tal es el caso, en particular, de las obligaciones militares, de las obligaciones profesionales o, incluso, de una enfermedad grave para cuyo tratamiento otros Estados dispongan de medios más idóneos. También puede ocurrir que un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia nacional de un tercer país desee abandonar temporalmente el Estado miembro de acogida con el fin de estar con una persona allegada que se encuentre en una situación difícil. Su voluntad de integrarse en la sociedad de este Estado y de establecer vínculos sólidos con él no se ve alterada por estas circunstancias.

69. En consecuencia, estimo que no es posible aplicar el artículo 16, apartado 3, de la Directiva 2004/38 al supuesto que ahora se plantea, contrariamente a lo que sugiere el Gobierno alemán.

70. La Comisión propone que el juez nacional disponga, en determinados casos, de libertad para suavizar la norma según la cual los períodos de residencia legal transcurridos antes y después del internamiento en prisión deben tenerse en cuenta en el cómputo del plazo. Según esta propuesta, se tomaría en consideración el principio de proporcionalidad, limitando, las consecuencias de una condena para aquellos individuos condenados a penas especialmente cortas impuestas como consecuencia de infracciones relativamente menores. Por lo tanto, la aplicación del principio de proporcionalidad impediría, en algunos casos, que se interrumpiera el plazo de cinco años a los efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente.

71. En mi opinión, no puede contemplarse una solución como ésta. En primer lugar, ¿cómo podría conciliarse con el principio de seguridad jurídica el hecho de que, en una Unión de 28, el Derecho penal y, por lo tanto, la tipificación de las infracciones es diferente? Algunas infracciones pueden no tener el mismo grado de gravedad ni merecer las mismas penas en todos los Estados miembros. Por otra parte, creo que son necesarios criterios precisos para que aquel que cometa una infracción sepa exactamente a qué atenerse. La incertidumbre que la aplicación del principio de proporcionalidad en los términos propuestos por la Comisión es susceptible de generar podría comprometer el principio de legalidad de la pena.

72. Contrariamente a lo que la Comisión ha sostenido durante la vista, creo que la definición de estos criterios y límites, por debajo de los cuales sería conveniente considerar que la estancia en prisión no interrumpe el plazo exigido en el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38, no corresponde al Tribunal de Justicia, sino, en efecto, al legislador de la Unión.

73. En mi parecer, sólo el período de residencia transcurrido en prisión en el marco de una prisión provisional anterior al juicio que termine con un sobreseimiento o con una absolucón podría tenerse en cuenta en el cómputo del plazo de cinco años exigido a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente. En efecto, en ese caso muy concreto, la prisión provisional no obedece a la ejecución de una pena tras una condena por la comisión de una infracción. Se trata de un encarcelamiento del interesado durante la totalidad o una parte de la instrucción, período en el que le ampara la presunción de inocencia. Cuando, posteriormente, se dicta en su favor el archivo de las actuaciones o la absolucón, quiere decirse que las autoridades públicas consideran que no ha habido una conculcación de las normas y valores de la sociedad puesto que el interesado nunca dejó de ser inocente de aquello de lo que se le acusaba. En consecuencia, no cabe, en mi opinión, reprocharle un comportamiento penalmente reprehensible revelador de una falta de voluntad de integrarse en la sociedad del Estado miembro de acogida.

74. Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, considero que el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38 ha de interpretarse en el sentido de que los períodos de residencia legal que preceden y siguen un encarcelamiento no pueden acumularse a los efectos del cómputo del plazo de cinco años por cuanto el internamiento en prisión interrumpe dicho plazo.

IV. Conclusión

75. Habida cuenta de estas consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda al Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London, en los siguientes términos:

«El artículo 16, apartado 2, de 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, ha de interpretarse en el sentido de que:

- un período de encarcelamiento no puede calificarse de «residencia legal» y, en consecuencia, no puede tenerse en cuenta en el cómputo del plazo de cinco años exigidos a los efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente, y
- los períodos de residencia legal que preceden y que siguen a un encarcelamiento no pueden acumularse a los efectos del cómputo de dicho plazo de cinco años, por cuanto el encarcelamiento interrumpe dicho plazo.»