



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 10 de abril de 2018¹

Asunto C-89/17

**Secretary of State for the Home Department
contra
Rozanne Banger**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London [Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo (Sala de Inmigración y Asilo)], Londres, Reino Unido]

«Procedimiento prejudicial — Ciudadanía de la Unión — Artículo 21 TFUE Regreso de un ciudadano de la Unión al Estado miembro de su nacionalidad tras haber ejercido sus derechos de libre circulación en otro Estado miembro — Derecho de residencia de un nacional de un tercer país que es miembro de la familia extensa de un ciudadano de la Unión — Aplicación por analogía de la Directiva 2004/38/CE — Artículo 3, apartado 2, letra b) — Obligación de facilitar, de conformidad con la legislación nacional, la entrada y la residencia de la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable — Derecho de recurso — Alcance del control jurisdiccional — Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»

I. Introducción

1. La Sra. Rozanne Banger es de Sudáfrica. Su pareja, el Sr. Philip Rado, es nacional del Reino Unido. Ambos convivieron en los Países Bajos, donde la Sra. Banger obtuvo una tarjeta de residencia en su condición de pareja no casada de un ciudadano de la Unión.
2. En los Países Bajos, se le concedió a la Sra. Banger una tarjeta de residencia con arreglo al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE.² Esta disposición establece que el Estado miembro *de acogida facilitará* la entrada y la residencia, de conformidad con su legislación nacional, de otras personas no incluidas en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva como miembros de la familia. Esto incluye a la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.
3. Posteriormente, la pareja decidió trasladarse al Reino Unido. Las autoridades competentes de este Estado miembro denegaron la solicitud de la Sra. Banger de que se le expidiera una tarjeta de residencia debido a que no estaba casada con su pareja.

¹ Lengua original: inglés.

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.º 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 2004, L 158, p. 77; en lo sucesivo, «Directiva 2004/38»).

4. También existe un régimen en el Reino Unido que tiene por objeto transponer el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Sin embargo, tal Estado miembro es el Estado miembro *de origen* del Sr. Rado. Por consiguiente, la Sra. Banger no pudo acogerse a dicho régimen, ya que solo es aplicable a los «miembros de la familia extensa» de ciudadanos de la Unión *procedentes de otros Estados miembros*, y no a los «miembros de la familia extensa» de nacionales del Reino Unido que regresan a tal Estado miembro tras haber ejercido su derecho de residencia en otro Estado miembro.

5. Este es el contexto en el que el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London [Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo (Sala de Inmigración y Asilo), Londres, Reino Unido] plantea cuestiones fundamentalmente en relación con dos aspectos al Tribunal de Justicia.

6. En primer lugar, ¿están obligados los Estados miembros a *conceder* una autorización de residencia o a *facilitar* la residencia de la pareja no casada de un ciudadano de la Unión que lo acompaña al regresar este a su Estado miembro de origen? En caso de respuesta afirmativa, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si dicha obligación se fundamenta en la Directiva 2004/38 o en los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto Singh.³

7. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente desea averiguar el alcance de la tutela judicial que exige el Derecho de la Unión con respecto a las situaciones contempladas por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva en el contexto particular del Derecho de Inglaterra y Gales, el cual, dependiendo del tipo de pretensión en cuestión, establece diferentes vías de tutela judicial: el procedimiento de recurso y el control jurisdiccional. De acuerdo con los hechos del caso de autos, cuando quien formula la pretensión es un «miembro de la familia extensa», la única vía abierta para impugnar en Derecho la decisión es el control jurisdiccional.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

8. Según el considerando 6 de la Directiva 2004/38:

«Para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente, no disfrutan del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión.»

9. El artículo 2 de esta Directiva contiene las siguientes definiciones:

«1) “Ciudadano de la Unión”: toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro.

2) “Miembro de la familia”:

a) el cónyuge;

³ Sentencia de 7 de julio de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296). Véanse también las sentencias de 11 de diciembre de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), y de 12 de marzo de 2014, O. y B. (C-456/12, EU:C:2014:135).

- b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida;

[...]

- 3) “Estado miembro de acogida”: el Estado miembro al que se traslada el ciudadano de la Unión para ejercer su derecho de libre circulación y residencia.»

10. El artículo 3 de la Directiva dispone:

«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.

2. Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas:

[...]

- b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

El Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas.»

11. A tenor del artículo 15, apartado 1, de la Directiva, los «procedimientos previstos en los artículos 30 y 31 se aplicarán, por analogía, a toda decisión que restrinja la libertad de circulación del ciudadano de la Unión o los miembros de su familia por motivos que no sean de orden público, seguridad pública o salud pública».

12. El artículo 31 de la Directiva dice lo siguiente:

«1. Cuando se tome una decisión contra él por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, el interesado podrá interponer los recursos judiciales y, en su caso, administrativos del Estado miembro de acogida o solicitar la revisión de la misma.

[...]

3. El procedimiento de recurso permitirá el examen de la legalidad de la decisión, así como de los hechos y circunstancias en que se basa la medida propuesta. Garantizará asimismo que la decisión no sea desproporcionada, en particular, respecto de los requisitos establecidos en el artículo 28.

[...]»

B. Derecho del Reino Unido

13. El Immigration (European Economic Area) Regulations 2006 [SI 2006/1003] [Reglamento de Inmigración (Espacio Económico Europeo) de 2006; en lo sucesivo, «Reglamento EEE»] transpone la Directiva 2004/38.

14. Su artículo 8 contiene disposiciones relativas a los «miembros de la familia extensa»:

«(1) A los efectos del presente Reglamento, por “miembro de la familia extensa” se entenderá la persona que no sea miembro de la familia de un nacional de un Estado miembro del EEE en virtud del artículo 7, apartado 1, letras a), b) o c), y que cumpla los requisitos establecidos en los apartados 2, 3, 4 o 5.

[...]

(5) Se considerará que la persona cumple el requisito contemplado en el presente apartado si es la pareja de un nacional de un Estado miembro del EEE (distinto de una pareja de hecho registrada) y puede demostrar ante el órgano competente para adoptar la decisión que mantiene una relación estable con dicho nacional.

(6) A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por “nacional de un Estado miembro del EEE interesado”, con respecto a un miembro de la familia extensa, el nacional de un Estado miembro del EEE que sea, o cuyo cónyuge o pareja de hecho registrada sea, el pariente del miembro de la familia extensa a los efectos de los apartados 2, 3 o 4, o el nacional de un Estado miembro del EEE que sea la pareja del miembro de la familia extensa a los efectos del apartado 5.»

15. El artículo 9, que aparentemente era aplicable en el momento de los hechos, establece las siguientes normas relativas a los miembros de la familia de nacionales del Reino Unido:

«(1) Si se cumplen los requisitos establecidos en el apartado 2, el presente Reglamento se aplicará a la persona que sea miembro de la familia de un ciudadano británico como si dicho ciudadano británico fuera nacional de un Estado miembro del EEE.

(2) Los requisitos son los siguientes:

(a) el ciudadano británico debe residir en un Estado miembro del EEE en calidad de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia o haber estado residiendo en tal calidad antes de regresar al Reino Unido; y

(b) si el miembro de la familia del ciudadano británico es su cónyuge o pareja de hecho registrada, los interesados deben convivir en el Estado miembro del EEE o haber contraído matrimonio o haberse inscrito como pareja de hecho registrada y haber estado conviviendo en dicho Estado antes de que el ciudadano británico regresara al Reino Unido.

[...]»

III. Antecedentes de hecho, procedimiento y cuestiones prejudiciales

16. La Sra. Banger tiene nacionalidad sudafricana. Su pareja, el Sr. Rado, es nacional del Reino Unido. De 2008 a 2010, convivieron en Sudáfrica. En mayo de 2010, se trasladaron a los Países Bajos, donde el Sr. Rado aceptó un puesto de trabajo. Las autoridades neerlandesas concedieron a la Sra. Banger una tarjeta de residencia como miembro de la familia extensa de un ciudadano de la Unión, con arreglo a las disposiciones nacionales de transposición del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

17. En 2013, la pareja decidió trasladarse al Reino Unido. El Secretary of State for the Home Department (Ministerio del Interior, Reino Unido; en lo sucesivo, «Ministerio») denegó la solicitud de la Sra. Banger de que se le expidiese una tarjeta de residencia en el Reino Unido, motivando su decisión en que no estaba casada con el Sr. Rado. Dicha decisión se fundamentó en el artículo 9 del Reglamento EEE, que establece los derechos de los miembros de las familias de los nacionales del

Reino Unido que regresan a este Estado miembro tras haber ejercido su derecho de libertad de circulación. Según la decisión del Ministerio adoptada con arreglo a la mencionada disposición, para poder ser considerado miembro de la familia de un ciudadano británico, el solicitante debe ser el cónyuge o la pareja de hecho registrada de un ciudadano británico.⁴

18. La Sra. Banger impugnó esa decisión ante el First-tier Tribunal (Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo, Reino Unido), el cual declaró que la Sra. Banger, en su condición de pareja nacional de un país no perteneciente a la Unión de un ciudadano británico que había ejercido su derecho de libre circulación y que regresaba a su Estado miembro de origen, disfrutaba de los beneficios derivados de la sentencia dictada en el asunto Singh.⁵

19. El Ministerio obtuvo autorización para interponer un recurso ante el Upper Tribunal (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo) —órgano jurisdiccional remitente— basándose en que el First-tier Tribunal (Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo) podría haber incurrido en error de Derecho. El órgano jurisdiccional remitente destaca la pertinencia de lo declarado en la sentencia dictada en el asunto Singh⁶ para el litigio principal. Afirma que la única diferencia con el presente asunto es que la Sra. Banger y el Sr. Rado no estaban casados, mientras que el Sr. y la Sra. Singh sí lo estaban. Aunque la aplicación de los principios dimanantes de aquel asunto a la situación presente supondría dar un «paso relativamente corto», el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas en cuanto al fundamento jurídico para realizar tal ampliación. También subraya la especificidad del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38: las personas contempladas en este no pueden exigir un derecho de residencia. Además, la disposición genera un claro margen de apreciación para los Estados miembros, de modo que la normativa pertinente puede variar de un Estado miembro a otro.

20. En esas circunstancias, el Upper Tribunal (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Exigen los principios recogidos en la sentencia [la sentencia de 7 de julio de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296)] a un Estado miembro que expida o, en su caso, facilite la concesión de una autorización de residencia a un nacional de un tercer Estado que es la pareja no casada de un ciudadano de la Unión que, tras haber ejercido su derecho a la libertad de circulación consagrado en el Tratado [FUE] para trabajar en un segundo Estado miembro, regresa con dicha pareja al Estado miembro del que es nacional?
- 2) Con carácter subsidiario, ¿exige la Directiva [2004/38] que se expida o, en su caso, se facilite la concesión de dicha autorización de residencia?
- 3) ¿Es ilegal por infracción del artículo 3, apartado 2, de la [Directiva 2004/38] una resolución por la que se deniega la concesión de una autorización de residencia que no se basa en un estudio detenido de las circunstancias personales del solicitante y no se justifica con razones adecuadas y suficientes?

4 De las observaciones presentadas por la Sra. Banger se desprende que se casó con su pareja en el Reino Unido el 27 de septiembre de 2014, después de que ambos abandonasen los Países Bajos. Sin embargo, este hecho *no fue tenido en cuenta* por el Ministerio, dado que, según el artículo 9, apartado 2, letra b), del Reglamento EEE, relativo a los derechos de los miembros de la familia de los ciudadanos británicos, los cónyuges deben «convivir en el Estado miembro del EEE o haber contraído matrimonio [...] y haber estado conviviendo en dicho Estado *antes de que el ciudadano británico regresara* al Reino Unido». El subrayado es mío.

5 Según esta sentencia, cuando los ciudadanos de la Unión regresan al Estado miembro del que son nacionales tras haber ejercido su derecho de residencia en otro Estado miembro, los miembros de sus familias deben disfrutar al menos de los mismos derechos que se les conferiría con arreglo al Derecho de la Unión en otro Estado miembro. Sentencia de 7 de julio de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296).

6 Sentencia de 7 de julio de 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

4) ¿Es compatible con la [Directiva 2004/38] una norma de Derecho nacional que impide que se interponga un recurso ante un órgano jurisdiccional contra una decisión de un órgano del Poder Ejecutivo por la que se deniega la expedición de una tarjeta de residencia a una persona que alega ser miembro de la familia extensa?»

21. La Sra. Banger, los Gobiernos de España, Austria, Polonia y el Reino Unido y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. La Sra. Banger, los Gobiernos de España y del Reino Unido y la Comisión Europea formularon alegaciones orales en la vista celebrada el 17 de enero de 2018.

IV. Análisis

22. Las presentes conclusiones se estructuran de la siguiente manera. Abordaré las tres primeras cuestiones prejudiciales de forma conjunta dado que todas ellas se refieren, de un modo u otro, al fundamento jurídico y al contenido de las obligaciones de los Estados miembros relativas a la entrada y la residencia de las parejas no casadas de ciudadanos de la Unión «que regresan» (A). A continuación examinaré la cuarta cuestión prejudicial, relativa al alcance del control jurisdiccional en relación con los «miembros de la familia extensa»,⁷ a los que se refiere el artículo 3, apartado 2 (B).

A. Cuestiones prejudiciales primera a tercera: «miembros de la familia extensa» de «ciudadanos de la Unión que regresan»

23. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea averiguar si los principios establecidos en la sentencia dictada en el asunto Singh⁸ obligan a un Estado miembro a expedir una autorización de residencia o a *facilitar* la residencia a las parejas no casadas de los ciudadanos de la Unión «que regresan». Mediante la segunda cuestión prejudicial se pregunta si, con carácter subsidiario, dicha obligación de expedir una autorización de residencia o de facilitar la residencia procede directamente de la Directiva 2004/38.

24. Estas dos cuestiones prejudiciales tienen dos niveles. En primer lugar, se refieren al *fundamento jurídico* de los derechos que las parejas estables de los ciudadanos de la Unión «que regresan» pueden extraer del Derecho de la Unión. En segundo lugar, ya inquieran de forma implícita sobre el *contenido* de esos derechos: si existe la obligación de expedir tal autorización o meramente de facilitarla. Este último aspecto se sitúa completamente en primer plano en la tercera cuestión prejudicial, en la cual se plantea específicamente la pregunta de si infringe el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 una decisión denegatoria que no está basada en un estudio detenido de las circunstancias personales del solicitante y que no está justificada mediante motivación adecuada o suficiente.

25. En mi opinión, esos niveles están claramente relacionados entre sí. El fundamento determina el contenido, que a su vez implica un determinado nivel de motivación de una decisión. Por lo tanto, creo que es preferible abordar las tres primeras cuestiones de forma conjunta.

26. En consecuencia, en la presente sección examinaré en primer lugar el fundamento jurídico de los derechos que las parejas no casadas de ciudadanos de la Unión «que regresan» extraen del Derecho de la Unión. A tal fin, evaluaré si la aplicación por analogía de las normas de la Directiva 2004/38 a los ciudadanos de la Unión «que regresan» al país del que son nacionales, según ha sido desarrollada

⁷ El concepto de «miembros de la familia extensa» abarca las dos subcategorías contempladas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, esto es, los «otro[s] miembro[s] de la familia» del artículo 3, apartado 2, letra a), y «la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada» contemplada en el artículo 3, apartado 2, letra b).

⁸ Sentencia de 7 de julio de 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede ampliarse al artículo 3, apartado 2, letra b), de la Directiva (1). En segundo lugar, analizaré la interpretación de esa disposición, que introduce el concepto de «facilitación» de la entrada y la residencia de las parejas no casadas (2). En tercer lugar, examinaré las implicaciones de dichas conclusiones para el caso de autos (3).

1. Ciudadanos que regresan

27. La Directiva 2004/38 contiene una disposición específica —el artículo 3, apartado 2, letra b)— relativa a la situación de las personas con las que un ciudadano de la Unión mantenga una relación estable. Sin embargo, esta disposición no es *per se* aplicable al presente asunto. Las disposiciones de la Directiva relativas a los derechos de entrada y de residencia no son aplicables en circunstancias en las que el ciudadano de la Unión o los miembros de su familia invocan dichas disposiciones frente al *Estado miembro del que aquel sea nacional*.⁹

28. Por lógica, la misma conclusión debe ser válida en lo referente a los «miembros de la familia extensa» contemplados en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

29. Ciertamente, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, a diferencia del apartado 1 de ese mismo artículo, no hace referencia expresa a los miembros de la familia extensa *que acompañan* al ciudadano de la Unión o *se reúnen* con él en otro Estado miembro. Sin embargo, el artículo 3, apartado 2, tal y como confirma el considerando 6 de la Directiva, se refiere claramente a las obligaciones del «Estado miembro *de acogida*». Además, las mismas consideraciones sistemáticas y teleológicas que condujeron al Tribunal de Justicia a declarar que la Directiva 2004/38 es inaplicable a los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión que fueran nacionales de terceros países en el Estado miembro del que dicho ciudadano fuera nacional¹⁰ también se aplican a los «miembros de la familia extensa».

30. No obstante, el hecho de que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 no sea *per se* aplicable en un asunto como el presente no significa que lo ahí dispuesto resulte completamente irrelevante. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha determinado, sobre la base de normas de Derecho primario, que varios instrumentos de Derecho derivado referidos a la libertad de circulación pueden ser aplicables *por analogía*, en determinadas circunstancias, a situaciones relativas a ciudadanos de la Unión que regresan al Estado miembro del que son nacionales tras haber ejercido sus derechos de libre circulación.¹¹

31. La lógica sobre la que se ha construido esa línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia se basa en la disuasión. Tal y como se afirma en la sentencia dictada en el asunto Singh, «[p]odría disuadirse a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, a efectos del Tratado, en el territorio de otro Estado miembro, si no pudiera gozar, al regresar al Estado miembro de su nacionalidad para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, de facilidades de entrada y de residencia cuando menos equivalentes a aquellas de

⁹ Sentencia de 12 de marzo de 2014, O. y B. (C-456/12, EU:C:2014:135), apartado 37. Véanse también las sentencias de 8 de noviembre de 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691), apartados 61 y ss.; de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros (C-133/15, EU:C:2017:354), apartado 53, y de 14 de noviembre de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862), apartado 33.

¹⁰ Sentencias de 12 de marzo de 2014, O. y B. (C-456/12, EU:C:2014:135), apartados 39 a 43, y de 14 de noviembre de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862), apartados 33 a 37.

¹¹ El Tribunal de Justicia se ha basado en diversas disposiciones de Derecho primario para ampliar por analogía la aplicación de diversos instrumentos de Derecho derivado a los «ciudadanos que regresan». Véase, en relación con el artículo 52 del Tratado CEE y la Directiva 73/148/CEE 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 1973, L 172, p. 14; EE 06/01, p. 132), la sentencia de 7 de julio de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), apartado 25. En relación con el artículo 39 CE y 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 1968, L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77), véase la sentencia de 11 de diciembre de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), apartados 32 y 45. El artículo 21 TFUE, apartado 1, sirvió de base para la aplicación por analogía de la Directiva 2004/38 en la sentencia de 12 de marzo de 2014, O. y B. (C-456/12, EU:C:2014:135), apartado 61.

las que puede disponer, conforme al Tratado o al Derecho [derivado], en el territorio de otro Estado miembro». ¹² Los derechos de libre circulación no podrían producir plenos efectos si «se aparta[ra] a [un ciudadano de la Unión] de su ejercicio por los obstáculos que se ponen, en su país de origen, a la entrada y a la residencia de su cónyuge». ¹³ En la sentencia dictada en el asunto Eind, el Tribunal de Justicia añadió que dicho efecto disuasorio podía producirse igualmente «ante la mera perspectiva de [que el nacional] no pueda continuar, a su vuelta al Estado miembro de origen, una convivencia familiar con sus parientes próximos comenzada eventualmente mediante matrimonio o reagrupación familiar en el Estado miembro de acogida». ¹⁴

32. A partir de ahí, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 21 TFUE, apartado 1, implica que los requisitos establecidos por el Derecho derivado en relación con los derechos de entrada y residencia de miembros de la familia, en particular los recogidos en la Directiva 2004/38, son aplicables por analogía a los miembros de la familia de los «ciudadanos de la Unión que regresan» frente al Estado miembro del que es nacional el ciudadano de la Unión. En la sentencia dictada en el asunto O. y B., el Tribunal de Justicia aclaró además que esta jurisprudencia es aplicable cuando el ciudadano de la Unión ha desarrollado o consolidado una convivencia familiar con un nacional de un tercer Estado con ocasión de una residencia efectiva en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad. ¹⁵

33. En el presente asunto, el Gobierno del Reino Unido ha sostenido que los principios que se derivan de la jurisprudencia que acaba de exponerse se refieren exclusivamente a los *derechos* de entrada y de residencia establecidos en la Directiva 2004/38. Según el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, solo disfrutan de tales derechos los miembros de la familia incluidos en el listado recogido en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva, pero no así los «miembros de la familia extensa» según se definen en el artículo 3, apartado 2. Por consiguiente, según esta tesis, la aplicación por analogía basada en el efecto disuasorio que la denegación de los derechos de residencia a los miembros de la familia tendría en el ejercicio de los derechos de libre circulación de los ciudadanos de la Unión no está justificada en el caso de autos, que concierne a una pareja no casada, la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, no puede disfrutar de tal derecho de residencia.

34. No estoy de acuerdo.

35. En primer lugar, no cabe duda de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia más reciente en lo referente a los derechos de residencia de los nacionales de terceros países que son miembros de la familia de «ciudadanos de la Unión que regresan» ha abordado la situación de quienes son «miembros de la familia» según el artículo 2 de la Directiva. ¹⁶ No considero que se deba retorcer este hecho e interpretarlo como una intención de limitar dicha jurisprudencia exclusivamente a los «miembros de la familia». Una explicación igualmente plausible (y, de hecho, desde mi punto de vista, mucho más plausible) es que dichos asuntos se referían únicamente a los miembros de la familia porque sencillamente solo afectaban a miembros de la familia.

¹² Sentencia de 7 de julio de 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296), apartado 19.

¹³ Sentencia de 7 de julio de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), apartado 23.

¹⁴ Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (C-291/05, EU:C:2007:771), apartado 36. Véanse también las sentencias de 8 de noviembre de 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691), apartado 70, y de 12 de marzo de 2014, O. y B. (C-456/12, EU:C:2014:135), apartado 46.

¹⁵ Sentencia de 12 de marzo de 2014 (C-456/12, EU:C:2014:135), apartado 61.

¹⁶ Por ejemplo, en la sentencia de 7 de julio de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), el Tribunal de Justicia habló del «cónyuge y [los] hijos» (apartado 20). La sentencia de 11 de diciembre de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), se refería al hijo de un ciudadano de la Unión. La sentencia de 12 de marzo de 2014, O. y B. (C-456/12, EU:C:2014:135), hacía referencia a parejas casadas.

36. En segundo lugar, ello es especialmente cierto por cuanto la lógica global que subyace a una aplicación por analogía de la Directiva a los «miembros de la familia» también es plenamente aplicable a los «miembros de la familia extensa». Como ha señalado acertadamente la Comisión, así ocurre en particular en el caso de la pareja no casada de un ciudadano de la Unión que ha residido legalmente, con arreglo al Derecho de la Unión, en el Estado miembro de acogida.¹⁷

37. La lógica de la disuasión se elaboró sobre la premisa de que se desalentaría a los ciudadanos de la Unión a desplazarse, dado que quienes les fueran *cercanos* se verían en la imposibilidad de reunirse con ellos. Se debe reconocer que las percepciones sociales están cambiando y que en la actualidad existen variadas formas de convivencia. Por lo tanto, en realidad la potencial disuasión podría ser incluso más acusada con respecto a una pareja incluida en el artículo 3, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/38 de lo que quizás lo sea respecto de algunas de las categorías enumeradas en el artículo 2, apartado 2, de la misma Directiva. Ciertamente no estoy sugiriendo que siempre sea así. Simplemente sugiero que las generalizaciones basadas en categorías formales difícilmente resultan adecuadas cuando se trata de determinar a aquellos que les son efectivamente «cercanos».¹⁸

38. Podría añadirse que el considerando 6 de la Directiva confirma que «la unidad de la familia en un sentido amplio» es el objetivo perseguido por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva.¹⁹ Por consiguiente, en este sentido, también pueden desarrollarse o consolidarse en el Estado miembro de acogida vínculos familiares «más amplios» con ocasión de una residencia efectiva del ciudadano de la Unión, los cuales pueden efectivamente dar lugar al mismo tipo de consideraciones basadas en la disuasión.

39. No obstante, debo admitir que existe un elemento de la lógica de la disuasión, utilizada para justificar la aplicación por analogía de la Directiva 2004/38 a los ciudadanos de la Unión que regresan a sus Estados miembros de origen, que no es totalmente convincente. En pocas palabras, la disuasión implica conocimiento. Resulta improbable que algo que se desconoce en el momento en el que se toma una decisión o cuya existencia futura es a lo sumo incierta disuada de seguir un determinado camino.

40. Por una parte, dicho efecto disuasorio puede existir cuando el miembro de la familia (extensa) ya disfruta de un reconocimiento jurídico en el Estado miembro del que es nacional el ciudadano de la Unión antes de desplazarse al extranjero. La libre circulación puede suponer una empresa arriesgada cuando el miembro de la familia que es nacional de un tercer país ya ha legalizado su situación jurídica de inmigrante en el Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión. Tal reconocimiento jurídico podría perderse al acompañar al ciudadano de la Unión a otro Estado miembro. A pesar de que el Derecho de la Unión garantiza el derecho de residencia en el segundo (o subsiguiente) Estado miembro de acogida, se puede afirmar de manera razonable que la perspectiva de no disfrutar de tales derechos al regresar al Estado miembro de origen puede tener un efecto disuasorio en la valoración personal de los factores considerados en la decisión de ejercer la libre circulación.²⁰

¹⁷ Véase, por analogía, la sentencia de 12 de marzo de 2014, O. y B. (C-456/12, EU:C:2014:135), apartado 47.

¹⁸ Se podría añadir que también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») se refleja una evolución del concepto de «convivencia familiar», a través de la cual se reconocen y admiten los vínculos *de facto*. Sin perjuicio de la problemática de las obligaciones concretas derivadas de la existencia de convivencia familiar en el contexto particular de la migración, el TEDH ha declarado que el concepto de «familia» recogido en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH») «no está limitado a las relaciones matrimoniales y puede englobar otros vínculos “familiares” *de facto* cuando las partes conviven sin estar casadas», en situaciones en las que nacen hijos fuera del matrimonio. Véase la sentencia del TEDH de 24 de junio de 2010, Schalk y Kopf c. Austria (CE:ECHR:2010:0624UD003014104), apartado 91. En el apartado 94, el TEDH también confirmó que las parejas del mismo sexo no casadas que convivían en el marco de una pareja de hecho estable estaban incluidas en el concepto de convivencia familiar.

¹⁹ Se establecía un requisito similar de «facilitación» en el artículo 10, apartado 2, del Reglamento n.º 1612/68 y en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 73/148.

²⁰ Conclusiones del Abogado General Tesouro presentadas en el asunto Singh (C-370/90, EU:C:1992:229), punto 8.

41. Por otra parte, experimento una mayor dificultad intelectual para discernir que exista tal efecto disuasorio en la decisión de abandonar el Estado miembro de origen para ejercer la libre circulación cuando el ciudadano de la Unión aún no ha establecido una convivencia familiar. ¿Sería realmente razonable sugerir, por ejemplo, que la decisión de una persona que acaba de obtener su título universitario y que quizás esté contemplando trasladarse a otro Estado miembro vaya a verse influida al pensar que quizás en ese Estado miembro (o segundo o tercer Estados miembros) podría conocer al amor de su vida y que posteriormente, suponiendo que el amor de su vida sea efectivamente para toda la vida, quizás le gustaría regresar a su Estado miembro de origen con esa persona de forma permanente, pero que al descubrir que dicha persona no obtendría en tal caso un derecho de residencia tras realizar un examen profundo y pormenorizado de la normativa nacional en materia de inmigración vigente en su Estado miembro de origen, que quizás seguiría siendo aplicable en el futuro próximo o lejano, se ve completamente disuadida siquiera de ejercer su derecho de libre circulación, y por ello se queda en su país de origen?

42. Dejando de lado situaciones en las que encontrar en el extranjero al amor de la vida *sea* el motivo principal para el ejercicio del derecho de libre circulación, el carácter remoto e hipotético de tales acontecimientos y su (im)plausibilidad como auténtica base para las elecciones vitales de una persona normal quizás no forman el fundamento más sólido para la aplicación por analogía (entendida como una ampliación efectiva de su aplicabilidad más allá de su tenor literal) de la Directiva 2004/38 a los ciudadanos de la Unión que regresan.

43. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que preste mayor atención a una justificación alternativa para la aplicación por analogía de los requisitos de la Directiva 2004/38 a los ciudadanos de la Unión «que regresan» y a los miembros de sus familias (extensas): no necesariamente en que es probable que se desaliente a una persona a desplazarse *ex ante*, sino más bien en que dicha persona no puede ser efectivamente penalizada *ex post* por haberlo hecho.²¹

44. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya ha reconocido en el contexto de la prohibición de discriminación que el ejercicio de la libertad de circulación no puede suponer una *desventaja ex post* para los ciudadanos de la Unión.²² En mi opinión, tal desventaja se manifiesta en supuestos en los que, aunque los ciudadanos «que regresan» están sometidos al mismo régimen normativo que los nacionales que nunca han ejercido la libertad de circulación, las normas nacionales no reconocen los vínculos familiares desarrollados o consolidados en otro Estado miembro.²³

45. Las situaciones objetivamente diferentes no pueden ni deben ser tratadas del mismo modo. De lo contrario, existe el riesgo —que en este caso no es ni remoto ni hipotético— de que la libertad de circulación proporcione un billete solo de ida. Ello conduciría a la perpetuación de la situación de expatriación, lo que resulta difícilmente compatible con el derecho a circular y residir *libremente dentro de la Unión Europea*.²⁴

46. En resumen, aunque quizás con algunos ajustes, las consideraciones que llevaron al Tribunal de Justicia a una aplicación por analogía de los derechos de entrada y de residencia de los miembros de la familia contemplados en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2004/38 a los ciudadanos de la Unión que regresan a sus Estados miembros de origen son igualmente aplicables a los «miembros de la familia extensa» contemplados en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva.

21 Esta justificación ya se previó en las conclusiones del Abogado General Tesauro presentadas en el asunto Singh (C-370/90, EU:C:1992:229), puntos 7 y 8.

22 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 11 de julio de 2002, D'Hoop (C-224/98, EU:C:2002:432), apartado 31; de 29 de abril de 2004, Pusa (C-224/02, EU:C:2004:273), apartado 19; de 18 de julio de 2006, De Cuyper (C-406/04, EU:C:2006:491), apartado 39, o de 11 de septiembre de 2007, Schwarz y Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492), apartado 88.

23 En efecto, la realidad de la libre circulación da lugar a situaciones diferentes de las de los «ciudadanos no desplazados», y no deben ser tratadas de la misma manera. Véase, en este sentido, la sentencia de 2 de octubre de 2003, García Avello (C-148/02, EU:C:2003:539), apartados 31 y ss.

24 Véanse, a este respecto, las conclusiones de la Abogado General Sharpston presentadas en el asunto O y otros (C-456/12 y C-457/12, EU:C:2013:837), punto 89.

47. En consecuencia, debe concluirse, coincidiendo con las observaciones de los Gobiernos de España, Austria y Polonia, así como con las de la Comisión, que un nacional de un tercer país que sea la pareja estable de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho de libre circulación no debe recibir, al regresar el ciudadano de la Unión a su Estado miembro de origen, un trato menos favorable que el establecido en la Directiva para los miembros de la familia extensa de los ciudadanos de la Unión que ejercen su libertad de circulación en otros Estados miembros.

2. *Artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38: «facilitación» de la entrada y la residencia de «miembros de la familia extensa»*

48. Mediante las cuestiones prejudiciales primera y segunda se pregunta al Tribunal de Justicia si los requisitos impuestos por el Derecho de la Unión exigen que los Estados miembros *expidan* o, en su caso, *faciliten* la concesión de una autorización de residencia a la pareja no casada de un ciudadano de la Unión que regresa.

49. Tal y como la Comisión y todos los Gobiernos que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia han sostenido acertadamente, la aplicación por analogía de los principios dimanantes de la sentencia dictada en el asunto Singh²⁵ implica que las parejas no casadas de los «ciudadanos de la Unión que regresan» deben poder acogerse al régimen de *facilitación* establecido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

50. La Sra. Banger no se opone a dicha interpretación, al menos no frontalmente. Su argumentación es más sutil: sin salirse de la obligación de *facilitación* recogida en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva, sostiene que la negativa a expedirle la tarjeta de residencia no se basó en un estudio detenido de sus circunstancias personales y no se justificó de manera adecuada o suficiente, tal y como exige dicha disposición.

51. El Tribunal de Justicia ya ha precisado el contenido del «régimen de *facilitación*» específico del artículo 3, apartado 2, de la Directiva aplicable a los miembros de la familia extensa, en el asunto Rahman.²⁶ Esa sentencia hizo hincapié en tres dimensiones de dicho régimen: la ausencia de un derecho automático de entrada y de residencia (i); la obligación de establecer un régimen de *facilitación* con arreglo al Derecho nacional, para lo cual los Estados miembros disfrutaran de un margen de apreciación (ii), y el hecho de que tal margen de apreciación no es ilimitado (iii).

52. En primer término, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 no confiere un *derecho* de entrada o de residencia a los miembros de la familia extensa. Se establece una distinción entre los miembros de la familia definidos en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva, que tienen un derecho de entrada y de residencia, y los mencionados en el artículo 3, apartado 2, cuya entrada y residencia «únicamente han de *facilitarse*». ²⁷ Por lo tanto, la Directiva 2004/38 no obliga a los Estados miembros a estimar favorablemente todas las solicitudes de entrada o de residencia con arreglo al artículo 3, apartado 2.²⁸ Además, y a diferencia de los derechos de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias, el artículo 3, apartado 2, «no [es] lo suficientemente [preciso] como para permitir que un solicitante de entrada o de residencia se ampare directamente en dicha disposición para invocar *los criterios de apreciación* que, en su opinión, deben aplicarse a su solicitud». ²⁹

25 Sentencia de 7 de julio de 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

26 Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519).

27 Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 19.

28 Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 18. Véanse también las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto Coman y otros (C-673/16, EU:C:2018:2), puntos 94 a 96.

29 Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 25. El subrayado es mío.

53. En segundo término, en lugar de un derecho de residencia, el contenido sustantivo de la obligación de facilitación establecida en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 se ha definido como la obligación de los Estados miembros de garantizar que su legislación establezca criterios que permitan a los miembros de la familia extensa obtener una decisión sobre su solicitud de residencia. Dicha decisión debe basarse en un estudio detenido de sus circunstancias personales y, en caso de denegación, debe estar motivada.³⁰

54. Tal y como confirma el considerando 6 de la Directiva 2004/38, los Estados miembros de acogida deben estudiar la situación de los «miembros de la familia extensa» «*basándose en su propia legislación nacional, [...] con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia*». Esto significa que, a falta de normas más precisas en la Directiva, y a la luz de los términos «*basándose en su propia legislación nacional*», los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en lo que respecta a la *elección de los factores* que han de tenerse en cuenta para la aplicación de sus obligaciones con arreglo al artículo 3, apartado 2.³¹ Este margen de apreciación supone necesariamente que los Estados miembros pueden definir los requisitos y los criterios *específicos* para la aplicación de esta disposición en su legislación nacional, así como los factores que deben tenerse en cuenta.

55. También está claro que este margen de apreciación necesariamente significa que dichos requisitos, criterios y factores pueden *diferir* de un Estado miembro a otro, dado que estos pueden cumplir sus obligaciones de transposición de esta disposición de distintas formas.³²

56. En tercer término, el margen de apreciación que concede el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 no es ilimitado. Esta disposición contiene los límites concretos que delimitan la libertad de que disfrutaran los Estados miembros: las normas nacionales pertinentes deben ser coherentes con el concepto de «facilitación» y cumplir los requisitos de estudio detenido de las circunstancias personales y de justificación en caso de denegación de la solicitud.

57. El primer límite se desprende del tenor de la disposición y del concepto de «facilitación». En efecto, el término «facilitará» indica que el artículo 3, apartado 2, «impone a los Estados miembros una obligación de otorgar [a las solicitudes de entrada de miembros de la familia extensa] un trato más favorable que a las solicitudes de entrada y de residencia de otros nacionales de Estados terceros [...]».³³ Por consiguiente, «el Estado miembro de acogida debe velar por que su legislación contenga criterios que sean conformes con el sentido habitual del término “facilitará” [...]».³⁴ Como corolario de la obligación de facilitación, el Tribunal de Justicia ha recordado que las disposiciones nacionales adoptadas no deben privar al artículo 3, apartado 2, de su efecto útil.³⁵

58. En pocas palabras, en el marco de dicha «facilitación», los Estados miembros disfrutaban de una considerable libertad, tanto en lo referente a los criterios sustantivos como a las condiciones de procedimiento. No obstante, la idea fundamental es que los «miembros de la familia extensa» deben hallarse en una situación mejor que la categoría *general* de nacionales de terceros países.³⁶

30 Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 22.

31 Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 24.

32 Véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:174), punto 64.

33 Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 21.

34 Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 24.

35 Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 24.

36 Al mismo tiempo, por supuesto, que se reconoce que determinados nacionales de terceros países (que no sean miembros de la familia de ciudadanos de la Unión) pueden disfrutar de *derechos* de entrada y de residencia, por ejemplo, en virtud del derecho a la vida familiar. Véase la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO 2003, L 251, p. 12). La referencia que se hace en la sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 21, debe entenderse, por tanto, en el sentido de que se refiere a la categoría *general* de nacionales de terceros países que *no disfrutaban* de ningún derecho de entrada y residencia de este tipo. Véase, en relación con este debate, Guild, E., Peers, S., y Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 74, nota 203.

59. El segundo límite deriva de la última frase del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Esa disposición impone a los Estados miembros una doble obligación: «[estudiar] detenidamente las circunstancias personales» y «[justificar] toda denegación de entrada o residencia a dichas personas». Por lo tanto, los Estados miembros deben prever la posibilidad «de [...] [obtener] una decisión sobre su solicitud que esté basada en un estudio detenido de su situación personal y que, en caso de denegación, esté motivada».³⁷ El estudio detenido, según el considerando 6, supone tener en cuenta diversos factores relevantes, como la relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física con respecto al ciudadano de la Unión.³⁸

60. En consecuencia, del tenor del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 —según fue interpretado por el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto Rahman y se ha descrito en la presente sección— se desprende que tal disposición no implica ningún derecho automático de residencia. Por lo tanto, la aplicación por analogía de dicha disposición a situaciones en las que un miembro de la familia extensa acompaña a un «ciudadano de la Unión que regresa» a su Estado miembro de origen tampoco puede conllevar un derecho automático de residencia. La aplicabilidad por analogía del artículo 3, apartado 2, de la Directiva solo puede tener el alcance que hubiera podido tener el propio artículo 3, apartado 2, si fuera él mismo aplicable —pero no más allá—. En efecto, tal como ya ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la «aplicación por analogía» del Derecho derivado en materia de libre circulación a los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión «que regresan» no equivale a un reconocimiento automático de los derechos de residencia que se hayan disfrutado en el segundo Estado miembro: la aplicación por analogía de las disposiciones de Derecho derivado sigue estando sujeta a los requisitos establecidos en tal Derecho.³⁹

3. Caso de autos

61. En las circunstancias del caso de autos, el fundamento de Derecho primario para la aplicación por analogía de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2004/38 puede hallarse en el artículo 45 TFUE (si, tal y como parece, el órgano jurisdiccional remitente confirma que el Sr. Rado estaba ejerciendo el derecho de libre circulación como trabajador por cuenta ajena en los Países Bajos) o, con carácter subsidiario, en el artículo 21 TFUE, apartado 1.

62. Según tal aplicación por analogía, la pareja no casada con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable y con la que ha desarrollado o consolidado vínculos familiares en otro Estado miembro con ocasión del ejercicio de sus derechos de libre circulación tiene derecho a que su solicitud sea estudiada con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, cuando el ciudadano de la Unión regresa a su Estado miembro de origen.

63. En el caso de autos, parece que la Sra. Banger obtuvo una tarjeta de residencia en los Países Bajos en virtud del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Convivió con el Sr. Rado en calidad de miembro de la familia extensa mientras este ejercía su derecho de residencia en ese Estado miembro. Parece que ello les permitió disfrutar y consolidar su vida familiar.

64. En estas circunstancias, una interpretación del Tratado FUE (artículos 21 TFUE, apartado 1, o 45 TFUE) en relación con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 confiere a la Sra. Banger el derecho a que su solicitud sea estudiada detenidamente y a que se justifique cualquier denegación de entrada o de residencia adoptada a partir de los resultados de dicho estudio. Este estudio deberá abarcar, en particular, sus circunstancias personales específicas, incluida su relación con el ciudadano de la Unión.

37 Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 22.

38 Véase también la sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 23.

39 Sentencia de 11 de diciembre de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), apartado 39. Véanse también las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto Eind (C-291/05, EU:C:2007:407), puntos 38 y 39.

65. A juzgar por los datos facilitados en la resolución de remisión y las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, parece que el único motivo en que se fundamentó la denegación de su solicitud de expedición de una tarjeta de residencia fue que la Sra. Banger y el Sr. Rado no estaban casados en el momento en que se presentó la solicitud. Si así fuera, tal motivo sería insuficiente para cumplir el requisito de proporcionar una justificación basada en un estudio detenido de las circunstancias personales de los miembros de la familia extensa con arreglo al artículo 3, apartado 2, letra b), que incluye a las personas que, aunque *no están casadas*, mantienen una relación estable con el ciudadano de la Unión.

66. Es razonable considerar que el tenor literal de esta disposición, a saber, «estudi[o] detenid[o] [de] las circunstancias personales», incluye la determinación de la naturaleza de la relación con el ciudadano de la Unión que regresa, lo que lógicamente también incluiría la toma en consideración a efectos probatorios del hecho de que, al haber expedido una tarjeta de residencia otro Estado miembro, ya se había reconocido y considerado debidamente probada la existencia de una relación estable.

67. Quiero destacar, no obstante, que este hecho, por sí mismo, no tiene por qué llevar necesariamente a la concesión del derecho de residencia en el Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión (como tampoco en cualquier otro Estado miembro al que la pareja decida trasladarse). De nuevo, tal como se ha argumentado en general en la sección anterior (y por ese preciso motivo, de forma bastante prolija), la obligación de *facilitar* no supone la obligación de *expedir* automáticamente. El hecho de que, dentro de unos límites, los Estados miembros puedan establecer sus propios criterios particulares en esta materia lógicamente significa que no existe ni una «obligación de reconocimiento mutuo» de las autorizaciones de residencia expedidas por otros Estados miembros ni por tanto la obligación de proporcionar cuando menos un trato igual o mejor que el dispensado por el anterior Estado miembro, o los anteriores Estados miembros, de acogida.

68. En mi opinión, ni el argumento de la disuasión *ex ante* ni el de la penalización *ex post* deben ser llevados hasta el punto de que signifique efectivamente que todos y cada uno de los Estados miembros a los que sucesivamente decida trasladarse el ciudadano de la Unión deban ofrecer cuando menos un trato igual o mejor que el dispensado por el Estado miembro anterior o los Estados miembros anteriores. Ello supondría en efecto ir mucho más allá de cualquier aplicación por analogía y del concepto de facilitación.

4. Conclusión parcial

69. En consecuencia, propongo que se responda a las tres primeras cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente de la siguiente manera:

- Los artículos 21 TFUE, apartado 1, y 45 TFUE deben interpretarse en el sentido de que, cuando un ciudadano de la Unión ha desarrollado o consolidado una convivencia familiar con ocasión del ejercicio de sus derechos de residencia en otro Estado miembro, el régimen de facilitación establecido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 es aplicable por analogía a la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable tras el regreso de este a su Estado miembro de origen. En consecuencia, este último Estado miembro debe facilitar, en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva y de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable debidamente probada.
- Cuando un ciudadano de la Unión regresa a su Estado miembro de origen tras haber ejercido su derecho de residencia en otro Estado miembro en el que ha desarrollado o consolidado una convivencia familiar con una pareja con la que mantiene una relación estable debidamente probada, los artículos 21 TFUE, apartado 1, y 45 TFUE exigen que, al adoptar una decisión sobre

la entrada y la residencia de dicha pareja, el Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión estudie detenidamente las circunstancias personales y justifique cualquier denegación de entrada o de residencia, con arreglo al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

B. Cuarta cuestión prejudicial: derecho a la tutela judicial efectiva

70. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende averiguar si es compatible con la Directiva 2004/38 una norma de Derecho nacional que impide la interposición de un recurso ante un órgano jurisdiccional contra la decisión de un órgano del poder ejecutivo por la que se deniega la expedición de una tarjeta de residencia a una persona que alega ser miembro de la familia extensa de un ciudadano de la Unión.

71. La resolución de remisión sugiere que esta cuestión prejudicial viene motivada por el hecho de que una sala del Upper Tribunal (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo) con otros integrantes falló que un solicitante al que se deniega la expedición de una tarjeta de residencia como «miembro de la familia extensa» no tiene derecho a recurrir ante el tribunal competente con arreglo al artículo 26 del Reglamento EEE.⁴⁰ Ello se debe a que la decisión discrecional adoptada por el Ministerio de no expedir una tarjeta de residencia a un miembro de la familia extensa no tiene la consideración de decisión sobre «el derecho de una persona a que se le expida [...] una tarjeta de residencia».⁴¹ El órgano jurisdiccional remitente explica que, si tal postura es correcta, la sentencia dictada en el asunto Sala implicaría que el recurso interpuesto por el solicitante en el litigio principal habría de ser desestimado. En tal caso, el control jurisdiccional sería la única vía de impugnación abierta.⁴²

72. De las observaciones presentadas por las partes interesadas ante el Tribunal de Justicia (dado que la resolución de remisión es muy sucinta al respecto) se desprende que, con arreglo al Derecho de Inglaterra y Gales, el sistema por defecto para la impugnación de actos de las autoridades administrativas es el sistema de «control jurisdiccional». En materias o contextos específicos se han establecido derechos de recurso en la legislación,⁴³ también en el caso de los derechos de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión. Tal y como ha precisado el Gobierno del Reino Unido, con arreglo al Derecho de Inglaterra y Gales, los «miembros de la familia» contemplados en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2004/38 tienen derecho de recurso ante el First-tier Tribunal (Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo) [y, ulteriormente, ante el Upper Tribunal (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo)]. Sin embargo, a la luz de la sentencia dictada en el asunto Sala, las personas contempladas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva no tienen acceso a ese sistema de recursos. Tienen derecho a impugnar la decisión por la que se les deniega la expedición de una tarjeta de residencia mediante el control jurisdiccional ante la High Court of England and Wales (Administrative Court) [Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Reino Unido].

40 Sala (EFM's: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC).

41 Sala (EFM's: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC), apartado 84.

42 Sala (EFM's: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC), en cuyo apartado 23 se afirma expresamente que «en el asunto Rahman el Tribunal de Justicia aclaró que la Directiva [2004/38] no exigía la existencia de un recurso completo en cuanto al fondo del asunto, sino que bastaba con un control jurisdiccional para garantizar que quien ha adoptado la decisión ha “respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva”». Sin embargo, parece que la Court of Appeal (England and Wales) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales), Reino Unido] adoptó una postura jurídica diferente en la reciente sentencia de 9 de noviembre de 2017 en el asunto Khan v Secretary of State for the Home Department & Anor [2017] EWCA Civ 1755. En la vista, el Gobierno del Reino Unido insistió en que dicha sentencia no guardaba relación alguna con el presente procedimiento dado que esa decisión se refería a la interpretación de normas de Derecho nacional que ya no estaban en vigor.

43 Véase, de manera general, por ejemplo, Sir Clive Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, 5.ª ed., Sweet & Maxwell, 2015, o Supperstone, M., Goudie, J., Walker, P., y Fenwick, H., *Judicial Review*, 5.ª ed., LexisNexis, Reino Unido, 2014.

73. Por consiguiente, la cuarta cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente debe interpretarse a la luz de ese contexto jurídico nacional particular. Visto desde esta perspectiva, la problemática principal que subyace a la cuarta cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente no es si existe una ausencia *total* de tutela judicial a disposición de los miembros de la familia extensa, sino más bien si el sistema de control jurisdiccional cumple los requisitos del Derecho de la Unión o si es necesario el acceso al sistema de recursos.

74. El Gobierno del Reino Unido y la Sra. Banger discrepan a este respecto.

75. La Sra. Banger sostiene que la vía del control jurisdiccional no se puede considerar un recurso eficaz a los efectos de la Directiva 2004/38 y del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»). Considera que el control jurisdiccional no constituye un mecanismo satisfactorio para revisar una decisión por la que se deniega la concesión de una tarjeta de residencia. Dicho control no examina la decisión en sí misma, sino el proceso de toma de decisiones. La Sra. Banger también explicó en la vista las diferencias entre el sistema de recursos y el del control jurisdiccional en cuanto se refiere a los requisitos de acceso a cada uno de ellos, los costes, el alcance del control y la naturaleza de las compensaciones que pueden concederse. Argumentó que la impugnación con arreglo al control jurisdiccional se basa únicamente en la legalidad de la decisión y que existen motivos tasados para dicho control. En su opinión, el control jurisdiccional en el presente caso solo puede basarse válidamente en el motivo de irracionalidad, de manera que queda reducido el alcance de la impugnación y no abarca los elementos de hecho.

76. Por el contrario, el Gobierno del Reino Unido afirma que el sistema de control jurisdiccional se ajusta plenamente a los requisitos del Derecho de la Unión, el cual no exige que los Estados miembros establezcan en su legislación un derecho de recurso concreto. Tampoco los obliga a instaurar un control completo del fondo de las decisiones en el marco del cual el órgano jurisdiccional pueda sustituir la valoración del órgano que adoptó la decisión por la suya propia. En la vista, dicho Gobierno se mostró de acuerdo con las observaciones de la Comisión en el sentido de que el Derecho de la Unión exige un control completo de la decisión, que incluya el examen de los hechos y de la proporcionalidad.⁴⁴ Ese mismo Gobierno sostuvo que el control jurisdiccional cumple plenamente con dichas exigencias, dado que permite examinar no solo el fundamento jurídico de la decisión, sino también los errores de hecho y la proporcionalidad.⁴⁵

77. Me he detenido en la exposición del trasfondo de la cuarta cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente y en la postura de las partes interesadas de forma bastante detallada por un motivo, a saber, demostrar por qué no creo que el Tribunal de Justicia deba responder a la cuestión tal y como ha sido planteada. Tres razones para ello sobresalen.

78. En primer lugar, no corresponde al Tribunal de Justicia examinar las diferentes características de los diversos sistemas de tutela judicial establecidos en los Derechos nacionales.⁴⁶ Ello requeriría un estudio y una evaluación detallados del Derecho nacional, algo que es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales.

⁴⁴ El Gobierno del Reino Unido cita a este respecto las sentencias de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión* (C-402/05 P y C-415/05 P, EU:C:2008:461), y de 8 de diciembre de 2011, *KME Germany y otros/Comisión* (C-272/09 P, EU:C:2011:810).

⁴⁵ El Gobierno del Reino Unido hizo referencia en particular, a este respecto, a la sentencia de la Court of Appeal (England and Wales) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales)] dictada en el asunto *T-Mobile (UK) Ltd v. Office of Communications* [2009] 1 WLR 1565, y a la sentencia de la Supreme Court (Tribunal Supremo, Reino Unido) en los asuntos *R (on the application of Kiarie) v Secretary of State for the Home Department* y *R (on the application of Byndloss) v Secretary of State for the Home Department* [2017] UKSC 42.

⁴⁶ Véanse, en un sentido similar, las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en los asuntos acumulados *Shingara y Radiom* (C-65/95 y C-111/95, EU:C:1996:451), punto 60.

79. En segundo lugar, aún menos corresponde al Tribunal de Justicia realizar dicho examen en una rama del Derecho tan compleja y cambiante como es la naturaleza del control jurisdiccional en el Derecho inglés,⁴⁷ para verse luego efectivamente obligado a arbitrar entre los distintos actores nacionales, los cuales quizás no convengan en cuáles son dichas exigencias en la actualidad.

80. En tercer lugar, el procedimiento prejudicial siempre está vinculado a una controversia específica en el litigio principal del que conoce un órgano jurisdiccional nacional. En este contexto, efectivamente es posible examinar *indirectamente* una disposición procesal o sustantiva *concreta* del Derecho nacional. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no puede proporcionar opiniones consultivas abstractas sobre la (in)adecuación de ámbitos jurídicos completos o de sistemas de tutela judicial en general,⁴⁸ para lo cual sería necesario examinar todo tipo de elementos, desde la legitimación a las costas, pasando por los plazos, el alcance del control, las compensaciones que pueden obtenerse o las vías de recurso.

81. No obstante, lo que el Tribunal de Justicia podría proporcionar, y quizás en aras de la cooperación debería proporcionar, al objeto de prestar asistencia al órgano jurisdiccional nacional en relación con la problemática planteada en la cuarta cuestión prejudicial, es una aclaración sobre las obligaciones y requisitos establecidos en el Derecho de la Unión en cuanto a la tutela judicial efectiva en el contexto de la aplicación por analogía del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38.⁴⁹

82. Con este objetivo en mente, primero examinaré en la presente sección las garantías de procedimiento establecidas en la propia Directiva (1), y a continuación abordaré los requisitos generales derivados del artículo 47 de la Carta (y de los principios de efectividad y de equivalencia) (2). Por último, analizaré las implicaciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con el contexto específico del artículo 3, apartado 2, de la Directiva (3).

1. Tutela judicial con arreglo a los artículos 15 y 31 de la Directiva 2004/38

83. La Directiva 2004/38 contiene disposiciones específicas sobre la tutela judicial de los derechos de libre circulación. Las pertinentes para el caso de autos figuran en sus artículos 15 y 31, los cuales tienen como precedentes históricos las garantías de procedimiento de la Directiva 64/221/CEE, que permitía de forma expresa el establecimiento de limitaciones a la tutela judicial, incluida la limitación de los recursos a la legalidad de las decisiones.⁵⁰ Finalmente, estas limitaciones tan controvertidas⁵¹ fueron sustituidas por la Directiva 2004/38. Esta última reconoce expresamente el derecho a interponer recursos judiciales para impugnar cuestiones de Derecho o de hecho tanto en relación con decisiones impuestas por motivos de orden público y seguridad pública como por cualesquiera otras restricciones a los derechos de libre circulación y de residencia.

47 Tal como se señala en las conclusiones de la Abogado General Sharpston presentadas en el asunto East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234), punto 84.

48 En relación con una situación similar reciente, relativa a la cuestión de si la atribución de la competencia a los tribunales de lo civil en lugar de a los tribunales de lo contencioso-administrativo para ejecutar deudas contraídas con la Unión respeta el principio de efectividad, véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Dimos Zagoriou (C-217/16, EU:C:2017:385), puntos 28 y 60 a 63.

49 De nuevo, de forma similar a las conclusiones de la Abogado General Sharpston presentadas en el asunto East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234), punto 84.

50 Directiva del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 1964, 56, p. 850; EE 05/01, p. 36), en particular su artículo 9.

51 Se argumentó que dichas limitaciones no eran conformes con el principio de tutela judicial efectiva. Véanse las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en los asuntos acumulados Shingara y Radiom (C-65/95 y C-111/95, EU:C:1996:451), puntos 70 y ss. Véase, en relación con la interpretación de las disposiciones pertinentes, las sentencias de 25 de julio de 2002, MRAX (C-459/99, EU:C:2002:461), y de 2 de junio de 2005, Dörr y Únal (C-136/03, EU:C:2005:340).

84. He sugerido en los puntos 23 a 47 de las presentes conclusiones que el régimen de facilitación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 debe aplicarse por analogía a los miembros de la familia extensa de los ciudadanos de la Unión que regresan. También se ha sugerido que dicha aplicación por analogía significa exactamente eso: la aplicación del contenido de la Directiva, pero no la creación de nuevos derechos.

85. El problema específico que plantea dicha «remisión» a la Directiva en el caso de autos es que el propio artículo 3, apartado 2, de la Directiva no establece las garantías de procedimiento concretas que deben acompañar a la aplicación de esa disposición. Por lo tanto, no está del todo claro cuáles serían tales garantías judiciales si el artículo 3, apartado 2, fuera aplicable *per se* a un miembro de la familia extensa en un Estado miembro de acogida.

86. En consecuencia, la cuestión clave es el ámbito de aplicación personal del artículo 15 de la Directiva 2004/38. Según la Comisión y el Gobierno del Reino Unido, el artículo 15 de la Directiva no es aplicable por lo general a situaciones contempladas por el artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva, dado que el artículo 15 solo se refiere a los ciudadanos de la Unión y a los «miembros de su familia». Este último concepto, definido legalmente en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva, no incluye a los miembros de la familia extensa.

87. Acepto el valor de tal argumento basado en el tenor literal de la disposición. No obstante, la conclusión natural que se debería extraer normalmente de esa afirmación queda limitada en cierto modo por la consideración sistemática de que el concepto de «miembros de la familia» no parece utilizarse de forma coherente en disposiciones posteriores de la Directiva 2004/38.⁵²

88. No obstante, existe un argumento bastante sólido en favor de un mayor ámbito de aplicación del artículo 15 de la Directiva 2004/38. Esta disposición establece que las garantías de procedimiento serán aplicables «a toda decisión que restrinja la libertad de circulación del ciudadano de la Unión o los miembros de su familia». Por consiguiente, aunque se podría afirmar que los miembros de la familia extensa no están incluidos en el concepto de «miembros de la familia» que aparece en dicha disposición, la denegación de una tarjeta de residencia a dichas personas podría de hecho calificarse sin gran dificultad de «restricción» de los derechos de libre circulación del propio *ciudadano de la Unión*, que sí está claramente incluido.

89. Aunque quizá este argumento no sea un candidato ideal para un «premio a la jurisprudencia humanista», hace tiempo que el Tribunal de Justicia ha reconocido que el derecho derivado de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión es *instrumental* para garantizar los derechos de libre circulación de los propios ciudadanos de la Unión.⁵³ Tal y como también se ha argumentado en los puntos 36 a 38 de las presentes conclusiones, el régimen de facilitación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva responde a la misma dinámica de reforzamiento de los derechos de libre circulación de los ciudadanos de la Unión. Dentro de esta lógica de limitación y obstaculización indirectas, dar a la negativa a permitir que un miembro de la familia extensa se reúna con el ciudadano de la Unión que regresa la consideración de decisión que efectivamente «restringe la libre circulación de un ciudadano de la Unión» me parece un acto de fe de lo más pequeño.

⁵² De hecho, se hace referencia a las personas contempladas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 empleando el concepto de «miembros de la familia» en otras disposiciones de la Directiva. Por ejemplo, el artículo 10, apartado 2, que regula la expedición de tarjetas de residencia a los miembros de la familia, recoge en sus letras e) y f) los documentos cuya presentación deben exigir los Estados miembros a las personas contempladas en el artículo 3, apartado 2; el artículo 7, apartado 4, establece una excepción a los requisitos generales para el derecho de residencia de los miembros de la familia que sean ascendientes directos a cargo, remitiéndose a la regla del artículo 3, apartado 2 (sin sugerir que dichas personas dejen por ello de considerarse «miembros de la familia» a los efectos de las garantías de procedimiento que les son aplicables); el artículo 8, apartado 5, se refiere a los documentos que deben presentarse para la expedición del certificado de registro a los «miembros de la familia», incluyendo en las letras e) y f) una mención a las personas contempladas en el artículo 3, apartado 2. En cuanto al uso variable del concepto de «miembros de la familia» en relación con el artículo 3, apartado 2, véase Guild, E., Peers, S., y Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 80.

⁵³ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 12 de marzo de 2014, S. y G. (C-457/12, EU:C:2014:136), apartado 41 y jurisprudencia citada, y de 14 de noviembre de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862), apartados 32, 47 y 48 y jurisprudencia citada.

90. Sea como fuere, las implicaciones prácticas de la aplicabilidad del artículo 15 de la Directiva 2004/38 están en cierto modo limitadas en las circunstancias del caso de autos. Tal y como argumentaré en la siguiente sección de las presentes conclusiones, quienes presentan solicitudes con arreglo al artículo 3, apartado 2, de la Directiva tienen derecho, en cualquier caso, a las garantías de procedimiento derivadas del artículo 47 de la Carta, que reflejan el principio general del Derecho de la Unión de la tutela judicial efectiva.

2. Tutela judicial efectiva con arreglo al artículo 47 de la Carta

91. Desde la sentencia dictada en el asunto Heylens,⁵⁴ ha estado claro que el principio de tutela judicial efectiva exige que, incluso en ausencia de disposiciones de Derecho derivado concretas que establezcan garantías de procedimiento, debe existir una vía de recurso de naturaleza judicial contra las decisiones de las autoridades nacionales por las que se deniegan derechos concedidos por el Derecho de la Unión. Esta obligación también se desprende de los artículos 4 TUE, apartado 3, y 19 TUE, apartado 1.⁵⁵

92. Dicho recurso judicial debe estar disponible no solo en el caso de un derecho de entrada concedido por el Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia ha confirmado recientemente la necesidad de garantizar el control jurisdiccional de conformidad con el artículo 47 de la Carta y el principio de efectividad reconocido en la sentencia dictada en el asunto El Hassani, relativo a la denegación de un visado Schengen. Se trata de un ámbito en el que las autoridades nacionales disfrutan de un amplio margen de apreciación en lo que respecta a las condiciones aplicables y a la evaluación de los hechos pertinentes.⁵⁶ Además, en mi opinión, no existe *ningún derecho* a la concesión de un visado. Sin embargo, el hecho de que la normativa no establezca ningún derecho sustantivo a un determinado resultado no significa que el solicitante no tenga derecho a que su solicitud sea tramitada de forma justa y adecuada y, en caso de necesidad, a este respecto, derecho a la tutela judicial efectiva.⁵⁷

93. Por lo tanto no cabe duda de que en el caso de autos, aun suponiendo que el artículo 15 de la Directiva 2004/38 no fuera aplicable a las personas contempladas en el artículo 3, apartado 2, de la misma, el acceso a la vía *judicial* es consecuencia de la aplicación conjunta del artículo 3, apartado 2, de la Directiva y del artículo 47 de la Carta. Ninguna de las partes interesadas que presentaron observaciones ha sostenido que el acceso a los tribunales no deba ser la regla en los casos de denegación de la expedición de tarjetas de residencia a los miembros de la familia extensa. El aspecto controvertido es más bien el alcance y la intensidad del control judicial que se exige.

94. La inaplicabilidad del artículo 15 de la Directiva 2004/38 en relación con el artículo 3, apartado 2, de la misma significaría que no existen normas específicas que determinen el alcance del control jurisdiccional. Es jurisprudencia consolidada que en ausencia de tales requisitos específicos, esos elementos deben determinarse de acuerdo con la organización judicial de cada Estado miembro.⁵⁸ Sin embargo, esta autonomía procesal de los Estados miembros tiene dos límites: los principios de equivalencia y de efectividad.⁵⁹

54 Sentencia de 15 de octubre de 1987, Heylens y otros (222/86, EU:C:1987:442), apartado 14. Véanse también, por ejemplo, las sentencias de 3 de diciembre de 1992, Oleificio Borelli/Comisión (C-97/91, EU:C:1992:491), apartados 14 y 15, o de 19 de septiembre de 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587), apartados 46 y 47.

55 Sentencia de 14 de septiembre de 2017, The Trustees of the BT Pension Scheme (C-628/15, EU:C:2017:687), apartado 47.

56 Sentencia de 13 de diciembre de 2017 (C-403/16, EU:C:2017:960), apartados 36 a 41.

57 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:659), puntos 103 a 106.

58 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 5 de marzo de 1980, Pecastaing (98/79, EU:C:1980:69), apartado 11, y de 17 de junio de 1997, Shingara y Radiom (C-65/95 y C-111/95, EU:C:1997:300), apartado 24.

59 Véase, por ejemplo, la sentencia de 6 de octubre de 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656), apartado 52 y jurisprudencia citada.

95. Además, también es indiscutible que el caso de autos se refiere a una situación en la que un Estado miembro está aplicando el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta. Por consiguiente, debe respetarse el estándar de protección garantizado por el artículo 47.⁶⁰

a) Equivalencia

96. El principio de equivalencia exige que las normas rectoras de los recursos por infracciones del Derecho de la Unión se apliquen indistintamente con respecto a las normas que rigen los recursos nacionales comparables o que aquellas no sean menos favorables que estas.⁶¹

97. Nada en la información aportada ante este Tribunal indica que se haya vulnerado este principio. El caso de autos se refiere a la diferenciación que en el sistema de tutela judicial disponible se hace entre un grupo de personas (miembros de la familia extensa) y otro grupo de personas cuyos derechos dimanen del Derecho de la Unión (miembros de la familia *stricto sensu*). Tal comparación queda fuera del ámbito de aplicación del principio de equivalencia, dado que ambos grupos de personas proceden del Derecho de la Unión.⁶²

98. Sin embargo, la Sra. Banger afirmó en la vista que excluir del derecho de recurso a las parejas estables (en su condición de miembros de la familia extensa) de los ciudadanos de la Unión supone establecer un trato diferente en comparación con las parejas estables de los ciudadanos británicos, presumiblemente aquellos que no han ejercido sus derechos de libre circulación. Dado que esta alegación no se desarrolló, el Tribunal de Justicia no está en disposición de evaluar las vías de impugnación nacionales respecto de las cuales se podría examinar el respeto del principio de equivalencia. Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las vías para impugnar la denegación de tarjetas de residencia a disposición de los miembros de la familia extensa (tanto con arreglo a la Directiva como respecto de su aplicación por analogía a los miembros de la familia extensa de los «ciudadanos que regresan») no reciben un trato menos favorable que otras vías de impugnación similares con arreglo al Derecho nacional.

b) Efectividad

99. Tras la adopción del Tratado de Lisboa, han surgido dos corrientes acerca de la efectividad de la tutela judicial: efectividad como uno de los dos requisitos de la autonomía procesal de los Estados miembros y efectividad como derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en virtud del artículo 47 de la Carta.

100. Todavía no es un debate cerrado cómo se relacionan exactamente estas dos «efectividades» entre sí.⁶³ No obstante, a efectos prácticos, no acabo de ver qué añadiría de hecho el artículo 47 de la Carta, en el ámbito de los recursos *judiciales*, a lo que no era (o, más bien, no podría haber sido, si alguna vez surgió tal cuestión) parte del principio de efectividad. Así sería ciertamente si la segunda de ellas se entendiera en el sentido de que no solo impide que se *imposibilite* la ejecución de un recurso basado en el Derecho de la Unión, sino también que se *dificulte excesivamente* tal recurso. Cabe recordar que por supuesto ambas eran únicamente aplicables dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y en relación con un recurso efectivo basado en el Derecho de la Unión.

60 Véanse las sentencias de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105), apartado 29, y de 26 de febrero de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107), apartado 60.

61 Véase, en este sentido, la sentencia de 17 de marzo de 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175), apartado 29 y jurisprudencia citada.

62 Véase la sentencia de 20 de octubre de 2016, Danqua (C-429/15, EU:C:2016:789), apartado 32.

63 Véase, por ejemplo, sobre un argumento más antiguo, Prechal S. y Widdershoven, R., «Redefining the Relationship between “Rewe-effectiveness” and Effective Judicial Protection», *Review of European Administrative Law*, vol. 4, 2011, pp. 31 a 50, p. 46.

101. Sea como fuere, parece que desde la entrada en vigor de la Carta, el artículo 47 se ha desarrollado de una manera más robusta.⁶⁴ Tras analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en efecto parece que en la actualidad el artículo 47 de la Carta establece un estándar más elevado que el del principio de efectividad. Hasta qué punto ello se deriva del texto del propio artículo 47 de la Carta y en qué medida ese hecho es la consecuencia natural y simple de la jurisprudencia más reciente, posterior al Tratado de Lisboa, centrada en dicho artículo y que está siendo desarrollada sobre la base del mismo, son cuestiones que pueden dejarse sin temor alguno al debate doctrinal. Los aspectos más relevantes de la jurisprudencia se pueden resumir de la manera que a continuación expongo.

102. En el marco del principio de efectividad como límite a la autonomía procesal de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia ha declarado que no se exige que los órganos jurisdiccionales puedan *sustituir* la decisión en cuanto al fondo y a los hechos en cualquier circunstancia.⁶⁵ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia también señala que el control jurisdiccional que está limitado en lo atinente a la valoración de determinadas cuestiones de hecho no siempre hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión.⁶⁶ Lo importante es que los procedimientos de control jurisdiccional nacionales «permit[an] al órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto un recurso de anulación de una decisión de este tipo que aplique efectivamente, en el marco del control de su legalidad, los principios y las normas de Derecho de la Unión pertinentes».⁶⁷ El alcance y la intensidad del control jurisdiccional exigido por el principio de efectividad depende del contenido y la naturaleza de los principios y las normas del Derecho de la Unión relevantes aplicadas mediante la decisión nacional impugnada.⁶⁸

103. La obligación de llevar a cabo un control más exhaustivo, incluida una revisión de los hechos y del fondo de una decisión, gana en importancia según los requisitos del artículo 47 de la Carta si tal examen es pertinente, habida cuenta de las circunstancias del caso en cuestión. En efecto, en cuanto al derecho de *acceso a los tribunales*, el Tribunal de Justicia ha declarado que «para que un “tribunal” pueda resolver una controversia relativa a derechos y obligaciones derivados del Derecho de la Unión de conformidad con el artículo 47 de la Carta, es preciso que tenga competencia para examinar *todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes para el litigio de que conoce*».⁶⁹ En el contexto del control de la actividad administrativa, el Tribunal de Justicia también ha dictaminado que la exigencia de imparcialidad establecida en el segundo párrafo del artículo 47 supone que «la decisión de una autoridad administrativa que no cumpla en sí misma los requisitos de independencia e imparcialidad estará sujeta al control ulterior de un órgano jurisdiccional, el cual ha de tener competencia, en concreto, para pronunciarse sobre *todas las cuestiones pertinentes*».⁷⁰

64 Véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Kokott presentadas en el asunto Puškár (C 73/16, EU:C:2017:253), puntos 49 y ss., y las conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona presentadas en el asunto Connexion Taxi Services (C 171/15, EU:C:2016:506), puntos 65 y ss.

65 En particular, y de forma similar al control de los actos de la Unión por los órganos jurisdiccionales de la Unión, en los casos en que una autoridad debe realizar valoraciones complejas, por lo que disfruta de un amplio margen de apreciación. Véase la sentencia de 21 de enero de 1999, Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14), apartados 34 y 35.

66 Véase la sentencia de 6 de octubre de 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656), apartado 58, en la que el tribunal remitente había destacado el muy limitado margen que existía para revisar las conclusiones relevantes sobre los hechos a las que había llegado la autoridad administrativa.

67 Sentencia de 6 de octubre de 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656), apartado 58. Véanse también las sentencias de 21 de enero de 1999, Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14), apartados 30, 35 y 36, y de 9 de junio de 2005, HLH Warenvertrieb y Orthica (C-211/03, C-299/03 y C-316/03 a C-318/03, EU:C:2005:370), apartados 75 a 79.

68 Véanse, en este sentido, considerando insuficiente, en el ámbito de la contratación pública, un control jurisdiccional limitado a la arbitrariedad, las sentencias de 11 de diciembre de 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), apartados 40 a 45, y de 18 de junio de 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379), apartados 59 a 64. Véanse, en este mismo ámbito, en relación con el control jurisdiccional basado en la razonabilidad, las conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona presentadas en el asunto Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506), puntos 65 y ss.

69 Sentencia de 6 de noviembre de 2012, Otis y otros (C-199/11, EU:C:2012:684), apartado 49. El subrayado es mío. Véase también la sentencia de 17 de diciembre de 2015, Imtech Marine Belgium (C-300/14, EU:C:2015:825), apartado 38.

70 Sentencia de 16 de mayo de 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373), apartado 55. El subrayado es mío.

104. Por lo tanto, el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva debe examinarse en función del contexto específico y las circunstancias pertinentes del caso, «y en particular de la naturaleza del acto de que se trate, del contexto en que se adoptó y de las normas jurídicas que regulan la materia correspondiente». ⁷¹ En consecuencia, habida cuenta de las normas específicas del Derecho de la Unión y de la naturaleza concreta de los derechos e intereses de que se trata, el Tribunal de Justicia ha insistido en la necesidad de efectuar un control en profundidad de las decisiones que abarque tanto las cuestiones de hecho como de Derecho, en particular cuando los instrumentos de que se trate ya contengan determinados estándares procesales armonizados. ⁷²

105. Finalmente, se puede encontrar inspiración general ⁷³ en la jurisprudencia del TEDH que interpreta los artículos 6 CEDH y 13 CEDH. Según la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 6 CEDH, la suficiencia del control jurisdiccional a disposición del recurrente se evalúa en función de las facultades del órgano jurisdiccional en cuestión y de factores como los siguientes: «a) el objeto de la decisión recurrida, en particular, si se refiere o no a una cuestión especializada que requiera conocimientos o experiencia profesionales y si supuso el ejercicio de discrecionalidad administrativa y, en tal caso, en qué medida; b) la manera en que se llegó a esa decisión y, en particular, las garantías de procedimiento disponibles ante el órgano que adoptó la decisión, y c) el contenido de la controversia, incluidos los motivos de recurso invocados y los existentes». ⁷⁴

106. Quizás sea aconsejable resaltar que, al considerar estos factores, el TEDH ha declarado en diversas ocasiones que el control jurisdiccional disponible en el Derecho inglés era suficiente. ⁷⁵ No obstante, el TEDH ha detectado infracciones del artículo 6 CEDH, apartado 1, en casos en los que se impedía al órgano jurisdiccional encargado del control determinar la *cuestión principal controvertida* o en los que los órganos jurisdiccionales nacionales se consideraron vinculados por las conclusiones previas de los órganos administrativos que fueron decisivas para la resolución de los asuntos de los que conocían, sin examinar las cuestiones de forma independiente. ⁷⁶

107. Deben destacarse dos aspectos —relacionados entre sí— a modo de conclusión: en primer lugar, la mejor generalización que puede realizarse en cuanto al alcance y la profundidad del control dimanante de la jurisprudencia es bastante lacónica: depende de varios factores. Depende de la naturaleza concreta de los derechos y facultades basados en el Derecho de la Unión en su forma establecida por las normas aplicables del Derecho de la Unión de que se trate, analizadas en un contexto determinado relativo al objeto de la controversia. En segundo lugar, cuanto más armonizadas estén las normas (de procedimiento) en el propio Derecho de la Unión, más exhaustividad se exigirá probablemente en el control a escala nacional. Por el contrario, como ocurre en muchos otros ámbitos del Derecho de la Unión, cuanto menos explícitas sean las disposiciones del Derecho de la Unión al respecto, mayor será la libertad de los Estados miembros para definir cómo se garantiza la tutela judicial.

71 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 18 de julio de 2013, Comisión y otros/Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, EU:C:2013:518), apartado 102; de 9 de febrero de 2017, M (C-560/14, EU:C:2017:101), apartado 33, o de 26 de julio de 2017, Sacko (C-348/16, EU:C:2017:591), apartado 41.

72 Véase, por ejemplo, en materia de asilo, la sentencia de 28 de julio de 2011, Samba Diouf (C-69/10, EU:C:2011:524), apartados 56, 57 y 61. Véase además, por ejemplo, Reneman, M., *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

73 En efecto, solo inspiración, dado que el ámbito de aplicación del artículo 47 de la Carta parece más amplio que el del artículo 6 CEDH, apartado 1 (limitado a la determinación de los derechos y obligaciones de carácter civil o al fundamento de las acusaciones en materia penal) y el del artículo 13 CEDH (limitado a los derechos y libertades recogidos en el Convenio).

74 Sentencia del TEDH de 21 de julio de 2011, Sigma Rado Television Ltd. c. Chipre (CE:ECHR:2011:0721JUD003218104), apartado 154 y jurisprudencia citada.

75 Véanse, por ejemplo, las sentencias del TEDH de 22 de noviembre de 1995, Bryan c. Reino Unido (CE:ECHR:1995:1122JUD001917891), apartados 44 a 47; de 27 de octubre de 2009, Crompton c. Reino Unido (CE:ECHR:2009:1027JUD004250905), apartados 78 y 79, y de 20 de octubre de 2015, Fazia Ali c. Reino Unido (CE:ECHR:2015:1020JUD004037810), apartados 79 y ss. En relación con el artículo 13 CEDH, véanse las sentencias de 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido (CE:ECHR:1989:0707JUD001403888), apartados 121 y 124, y de 30 de octubre de 1991, Vilvarajah y otros c. Reino Unido (CE:ECHR:1991:1030JUD001316387), apartados 122 a 127.

76 Sentencias del TEDH de 28 de mayo de 2002 Kingsley c. Reino Unido (CE:ECHR:2002:0528JUD003560597), apartados 32 a 34, y de 14 de noviembre de 2006, Tsfayo c. Reino Unido (CE:ECHR:2006:1114JUD006086000), apartados 46 a 49. En relación con el artículo 13 CEDH, véanse las sentencias de 27 de septiembre de 1999, Smith y Grady c. Reino Unido (CE:ECHR:1999:0927JUD003398596), apartados 135 a 139, y de 8 de julio de 2003, Hatton y otros c. Reino Unido (CE:ECHR:2003:0708JUD003602297), apartados 140 a 142.

3. Tutela judicial efectiva y el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38

108. ¿Cuáles son entonces los derechos concretos que conceden las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión consideradas en el caso de autos? Tal y como se afirmó en la sentencia dictada en el asunto Rahman, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva confiere a los Estados miembros un amplio margen de apreciación,⁷⁷ que no obstante no es ilimitado. La Comisión ha señalado acertadamente que tal margen de apreciación se refiere a la elección de los factores y requisitos adoptados por los Estados miembros en cumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones nacionales al objeto de establecer un régimen que facilite la entrada y la residencia a los miembros de la familia extensa. Dicho margen de apreciación también alcanza a la apreciación concreta de los hechos pertinentes con el fin de determinar si se cumplen dichos requisitos.

109. Sin embargo, el margen de apreciación no es sinónimo de «carta blanca». Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluso cuando las autoridades competentes disponen de un margen de apreciación, mediante el control jurisdiccional debe comprobarse si la decisión tiene una base fáctica suficientemente sólida y si respeta las garantías de procedimiento.⁷⁸ Para determinar si se han respetado los límites del margen de apreciación trazados por la Directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder revisar todos los aspectos de procedimiento, así como los elementos materiales de la decisión, incluida su base fáctica.⁷⁹

110. De nuevo, la sentencia dictada en el asunto Rahman ya proporcionó indicaciones sólidas a este respecto: todo solicitante con arreglo al artículo 3, apartado 2, «tiene el derecho de que un órgano jurisdiccional compruebe si la normativa nacional y la aplicación de esta han respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva».⁸⁰ En efecto, aunque la Directiva otorga un considerable margen de apreciación, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener la posibilidad de comprobar si las decisiones nacionales se ajustan a las obligaciones establecidas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva.

111. Los elementos que deben poder ser sometidos al control jurisdiccional establecido por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva son, además del requisito de facilitación, fundamentalmente los tres siguientes: la decisión que va a revisarse debe ser resultado de un *estudio detenido* (i), extremo que lógicamente debe reflejarse en los motivos *justificativos de toda denegación de entrada o de residencia*, en su caso (ii). Además, dicho estudio deberá realizarse teniendo en cuenta las *circunstancias personales*, lo que incluye la relación con el ciudadano de la Unión y la situación de dependencia (iii).

112. Todos estos elementos deben poder ser controlados por un órgano jurisdiccional. Los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener competencia para verificar, en caso de que lo consideren necesario, los hechos clave pertinentes que forman el fundamento de la decisión administrativa.⁸¹ Debe ser posible determinar si la motivación proporcionada por la Administración se corresponde

⁷⁷ Véanse los anteriores puntos 53 a 55 de las presentes conclusiones.

⁷⁸ Véase, en este sentido, la sentencia de 4 de abril de 2017, Fahimian (C-544/15, EU:C:2017:255), apartados 45 y 46.

⁷⁹ A este respecto, véanse las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Fahimian (C-544/15, EU:C:2016:908), punto 78.

⁸⁰ Sentencias de 7 de septiembre de 2004, Waddenvereniging y Vogelbeschermingsvereniging (C-127/02, EU:C:2004:482), apartado 66; de 26 de mayo de 2011, Stichting Natuur en Milieu y otros (C-165/09 a C-167/09, EU:C:2011:348), apartados 100 a 103, y de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 25, haciendo referencia a la sentencia de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros (C-72/95, EU:C:1996:404), apartado 56.

⁸¹ Quiero destacar que ello simplemente significa que los elementos de hecho examinados por la autoridad administrativa no pueden estar *totalmente* excluidos del control jurisdiccional. La clasificación de dicho elemento, en cuanto a los motivos de recurso establecidos en los sistemas judiciales nacionales en materia de lo contencioso-administrativo, y la determinación del nivel en que será evaluado (por ejemplo, apreciación incorrecta de los hechos, error manifiesto de apreciación, desnaturalización de la prueba) es también una cuestión que debe determinar la legislación nacional. Para un análisis comparativo de diversos sistemas nacionales de control, véase por ejemplo Schwarze, J., *Droit administratif européen*, 2.ª ed., Bruylant, 2009, pp. 274 a 311.

debidamente con los criterios establecidos en el Derecho nacional, respetando los límites impuestos por la Directiva 2004/38. También debe ser posible comprobar la suficiencia y la adecuación de la justificación. En particular, debe ser posible valorar si las circunstancias personales específicas relevantes para los criterios pertinentes han sido debidamente examinadas.

113. Por el contrario, mientras que todos estos elementos pueden ser revisados y se puede anular cualquier resolución administrativa que incumpla dichos requisitos, la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 47 de la Carta no exige, en mi opinión, que el órgano jurisdiccional encargado del control tenga competencia para examinar nuevas pruebas. Tampoco exige al órgano jurisdiccional que determine hechos que no hayan sido alegados ante la autoridad administrativa, ni que tenga la facultad de sustituir inmediatamente la apreciación realizada en la resolución administrativa por la suya propia.

114. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, que es el único competente para interpretar el Derecho nacional, determinar si el sistema de control jurisdiccional en el litigio principal cumple dichos requisitos y en qué medida los cumple.

4. Conclusión parcial

115. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, opino que la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial debería ser que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que exige una tutela judicial efectiva de las decisiones por las que se deniega la entrada o la residencia a los miembros de la familia extensa, de conformidad con el artículo 47 de la Carta. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional competente determinar si el sistema de control jurisdiccional establecido en el Derecho nacional cumple este requisito.

V. Conclusión

116. A la vista de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London [Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo (Sala de Inmigración y Asilo), Londres, Reino Unido] de la siguiente manera:

- «— Los artículos 21 TFUE, apartado 1, y 45 TFUE deben interpretarse en el sentido de que, cuando un ciudadano de la Unión ha desarrollado o consolidado una convivencia familiar con ocasión del ejercicio de sus derechos de residencia en otro Estado miembro, el régimen de facilitación establecido en el artículo 3, 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.º 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 es aplicable por analogía a la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable tras el regreso de este a su Estado miembro de origen. En consecuencia, este último Estado miembro debe facilitar, en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva y de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable debidamente probada.
- Cuando un ciudadano de la Unión regresa a su Estado miembro de origen tras haber ejercido su derecho de residencia en otro Estado miembro en el que ha desarrollado o consolidado una convivencia familiar con una pareja con la que mantiene una relación estable debidamente probada, los artículos 21 TFUE, apartado 1, y 45 TFUE exigen que, al adoptar una decisión sobre

la entrada y la residencia de dicha pareja, el Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión estudie detenidamente las circunstancias personales y justifique cualquier denegación de entrada o de residencia, con arreglo al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

- El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que exige una tutela judicial efectiva de las decisiones por las que se deniega la entrada o la residencia a los miembros de la familia extensa, de conformidad con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional competente determinar si el sistema de control jurisdiccional establecido en el Derecho nacional cumple este requisito.»