



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL  
SRA. VERICA TRSTENJAK  
presentadas el 15 de mayo de 2012<sup>1</sup>

**Asunto C-40/11**

**Yoshikazu Iida  
contra  
Stadt Ulm**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg  
(Alemania)]

«Artículo 6 TUE — Artículos 20 y 21 TFUE — Artículos 7, 24 y 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículos 2, 3, 7, apartado 2; 10 y 12 de la Directiva 2004/38/CE — Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales — Menor de edad nacional de un Estado miembro que se traslada a otro Estado miembro con su madre — Derecho de residencia de un nacional de un tercer país, titular de la patria potestad, en el Estado miembro de origen de su hijo — Ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Aplicación del Derecho de la Unión»

## I. Introducción

1. La petición de decisión prejudicial versa sobre la cuestión de hasta qué punto y en qué circunstancias le corresponde un derecho de residencia comunitario a un nacional de un tercer país en virtud de sus relaciones familiares y personales con ciudadanos comunitarios menores de edad. En ese sentido, la petición de decisión prejudicial enlaza con la problemática examinada en las sentencias Dereci y otros<sup>2</sup> y Ruiz Zambrano,<sup>3</sup> de si los derechos de residencia que corresponden a los ciudadanos comunitarios se pueden extender a nacionales de terceros países. El asunto que aquí nos ocupa presenta la particularidad de que el nacional de un tercer país no solicita el derecho de residencia en el Estado miembro en que su encuentra su hija, que es ciudadana de la Unión.

1 — Lengua original: alemán.

2 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2011 (C-256/11, Rec. p. I-11315).

3 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 (C-34/09, Rec. p. I-1177).

## II. Marco legal

### A. Derecho de la Unión

1. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

2. El artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), titulado «Respeto de la vida privada y familiar», dispone:

«Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.»

3. El artículo 24 de la Carta, titulado «Derechos del niño», establece:

«1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. [...]

[...]

3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.

4. El artículo 51, apartado 1, primera frase, de la Carta dispone:

«Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.»

2. Directiva 2004/38/CE

5. El considerando quinto de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE,<sup>4</sup> señala lo siguiente:

«El derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad. [...]»

6. El artículo 1 de la Directiva 2004/38 define el objeto de la Directiva como sigue:

«La presente Directiva establece:

a) las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia;

[...]»

4 — DO L 158, p. 77, corrección en el DO L 229, p. 35, y modificada recientemente por el Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO L 141, p. 1).

7. Conforme a las definiciones en el artículo 2 de la Directiva 2004/38, se entiende por «miembro de la familia», entre otros, «los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja [...]» [artículo 2, punto 2, letra d)]. Por «Estado miembro de acogida» se entiende, con arreglo al artículo 2, punto 3, de la Directiva, aquel «Estado miembro al que se traslada el ciudadano de la Unión para ejercer su derecho de libre circulación y residencia.»

8. El artículo 3 de la Directiva 2004/38, titulado «Beneficiarios», prevé lo siguiente:

«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:

- a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia;

[...]»

9. El artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38 prevé:

«El derecho de residencia [...] se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él en el Estado miembro de acogida [...]»

10. El artículo 10, titulado «Expedición de la tarjeta de residencia», reza como sigue:

«1. El derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro será reconocido mediante la expedición de un documento denominado “tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión” a más tardar en los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud. [...]»

2. Para la expedición de la tarjeta de residencia, los Estados miembros exigirán la presentación de los documentos siguientes:

[...]

- c) el certificado de registro o, a falta de sistema de registro, cualquier otra prueba de residencia en el Estado miembro de acogida del ciudadano de la Unión al que acompañen o con el que vayan a reunirse posteriormente;

[...]»

11. El artículo 12 de la Directiva 2004/38 establece acerca del «mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia en caso de fallecimiento o partida del ciudadano de la Unión»:

«[...]

3. La partida del ciudadano de la Unión o su fallecimiento no supondrá la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga la custodia efectiva de los hijos, con independencia de su nacionalidad, siempre que los hijos residan en el Estado miembro de acogida y estén matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, y ello hasta el final de dichos estudios.»

*B. Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*

12. El artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH») versa sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar y reza como sigue:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

*C. Derecho nacional*

1. Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet

13. El artículo 7 de la Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Ley alemana de extranjería y residencia; en lo sucesivo, «Aufenthaltsgesetz» o «AufenthG») <sup>5</sup> tiene por objeto el permiso de residencia y dispone lo siguiente:

«1. El permiso de residencia es una autorización de residencia de duración determinada. Se otorgará para los motivos de residencia citados en las siguientes secciones. En casos justificados, podrá otorgarse un permiso de residencia incluso para un motivo de residencia que no esté contemplado en la presente Ley.

[...]»

14. El artículo 18, apartado 2, de la Aufenthaltsgesetz establece:

«Podrá otorgarse a un extranjero una autorización de residencia para desempeñar una actividad laboral [...]»

5 — Aufenthaltsgesetz en la versión publicada el 25 de febrero de 2008 (BGBl. I, p. 162), modificado por el artículo 2, apartado 25, de la Ley de 22 de diciembre de 2011 (BGBl. I p. 3044).

## 2. Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern

15. Con arreglo al artículo 2 de la Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Ley alemana sobre la libre circulación de los ciudadanos de la Unión; en lo sucesivo, «FreizügG/EU» o «Freizügigkeitsgesetz/EU»),<sup>6</sup> los ciudadanos de la Unión con derecho de libre circulación tienen derecho a la entrada y residencia en el país con arreglo a lo dispuesto en dicha ley, pero sus familiares, en principio, únicamente «cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él» (artículo 3, apartado 1, de la Freizügigkeitsgesetz/EU) o cuando, tras residencia legal de cinco años, adquieran un derecho de residencia permanente (artículo 4a de la Freizügigkeitsgesetz/EU).

16. El artículo 5 de la Freizügigkeitsgesetz/EU, titulado «Certificaciones de derechos de residencia comunitarios, tarjetas de residencia», dispone lo siguiente:

«[...]

2. A los familiares con derecho de libre circulación que no sean ciudadanos de la Unión se les expedirá de oficio una tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la UE con una validez de cinco años en el plazo de los seis meses siguientes a la aportación de los datos necesarios. [...]

### III. Hechos del procedimiento principal

17. El demandante del procedimiento principal es nacional japonés y desde 1998 está casado con una nacional alemana. En 2004 nació la hija de ambos en los EE UU, que posee la nacionalidad alemana, japonesa y estadounidense.

18. A finales de diciembre de 2005 la familia se trasladó desde los EE UU a Ulm (Alemania). El 9 de enero de 2006 el demandante recibió un permiso de residencia nacional en calidad de cónyuge extranjero de una ciudadana alemana.

19. Desde febrero de 2006, el demandante trabaja en Ulm a jornada completa con un contrato de trabajo indefinido y percibe unos ingresos brutos mensuales de 4.850 euros.

20. Después de que la esposa del demandante, en el verano de 2007, aceptara un puesto de trabajo en Viena, a partir de marzo de 2008 la esposa fijó su residencia principal en dicha ciudad, llevándose a la hija de ambos consigo. El demandante permaneció en Ulm. Los cónyuges tienen la patria potestad conjunta sobre la hija de ambos, que va al colegio en Viena. El demandante visita periódicamente a su hija, una vez al mes y pasa con ella el fin de semana completo, pagando por ella una pensión alimentaria por un importe mensual de 300 euros. Además, la hija pasa la mayor parte de las vacaciones con el demandante.

21. En junio de 2008, la esposa declaró ante la autoridad de extranjería alemana que desde el 1 de enero de 2008 vivía separada del demandante. En consecuencia, no se procedió a prorrogar el permiso de residencia del demandante con arreglo a la Aufenthaltsgesetz, otorgado inicialmente por ser cónyuge de una nacional alemana.

22. No obstante, la estancia actual del demandante en Alemania se ajusta a Derecho, pues se le ha otorgado un permiso de residencia nacional conforme al artículo 18 de la Aufenthaltsgesetz, debido a su actividad laboral.

6 — Freizügigkeitsgesetz/EU de 30 de julio de 2004 (BGBl. I, p. 1950, 1986), modificado por el artículo 14 de la Ley de 20 de diciembre de 2011 (BGBl. I, p. 2854).

23. El demandante, no obstante, considera que, debido a la patria potestad que ejerce sobre su hija que vive en Austria, en virtud del Derecho de la Unión le corresponde un derecho de residencia en Alemania. A su parecer, en virtud de dicho derecho está facultado para solicitar que se le expida una «tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión», en el sentido del artículo 10 de la Directiva 2004/38.

24. El 30 de mayo de 2008 el demandante solicitó sin éxito la expedición de dicha tarjeta de residencia, solicitud que actualmente se encuentra pendiente ante al órgano jurisdiccional remitente en fase de apelación.

#### IV. Cuestiones prejudiciales

25. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«A. Sobre los artículos 2, 3 y 7 de la Directiva 2004/38:

- 1) ¿Se considera, en particular a la luz de los artículos 7 y 24 de la Carta, así como del artículo 8 del CEDH, que mediante una interpretación amplia del artículo 2, número 2, letra d), de la Directiva 2004/38/CE, también es “familiar” el progenitor, nacional de un tercer país, titular de la patria potestad [sobre] una hija ciudadana comunitaria que disfruta de la libre circulación y no está a cargo del progenitor?
- 2) En caso afirmativo: ¿resulta aplicable la Directiva 2004/38/CE, en particular a la luz de los artículos 7 y 24 de la Carta, así como del artículo 8 del CEDH, mediante una interpretación amplia de su artículo 3, apartado 1, a dicho progenitor incluso sin un “acompañamiento” o “reunión” en el Estado miembro de origen de la hija ciudadana comunitaria que se ha trasladado?
- 3) En caso afirmativo: ¿resulta de lo anterior para dicho progenitor, en particular a la luz de los artículos 7 y 24 de la Carta, así como del artículo 8 del CEDH, un derecho de residencia de más de tres meses en el Estado miembro de origen de la hija ciudadana comunitaria, mediante una interpretación amplia del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE, y en cualquier caso en tanto que exista un derecho de patria potestad y se ejercite de hecho?

B. Sobre el artículo 6 TUE, apartado 1, en relación con la Carta:

Primera cuestión prejudicial:

- a) ¿Se aplica la Carta conforme al artículo 51, apartado 1, primera frase, segunda alternativa, de la Carta desde el momento en que el litigio está supeditado a una ley nacional (o parte de una ley) a través de la que también se transpusieron directivas (aunque no sólo)?
- b) En caso de respuesta negativa: ¿se aplica la Carta conforme al artículo 51, apartado 1, primera frase, segunda alternativa, de la Carta por el mero hecho de que al demandante probablemente le corresponda un derecho de residencia comunitario y, en consecuencia, podría tener derecho a una tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la UE según el artículo 5, apartado 2, primera frase, de la FreizügG/EU [Ley alemana sobre la libre circulación de los ciudadanos de la Unión], cuyo fundamento jurídico se encuentra en el artículo 10, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2004/38/CE?

- c) En caso de respuesta negativa: ¿se aplica la Carta conforme al artículo 51, apartado 1, primera frase, segunda alternativa, de la Carta, enlazando con la jurisprudencia ERT (sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de junio de 1991, C-260/89, Rec. p. I 2925, apartados 41 a 45), si un Estado miembro limita el derecho de residencia de un padre, nacional de un tercer país, titular de la patria potestad de una ciudadana comunitaria menor de edad que reside con su madre principalmente en otro Estado miembro de la UE debido a la actividad profesional de ésta?

#### Segunda cuestión prejudicial

- a) Si ha de aplicarse la Carta: ¿puede inferirse directamente del artículo 24, apartado 3, de la Carta un derecho de residencia comunitario para el padre, nacional de un tercer país, y, en cualquier caso, en tanto sea titular de la patria potestad sobre su hija, ciudadana comunitaria y la ejerza de hecho, incluso si la niña reside principalmente en otro Estado miembro de la UE?
- b) En caso de respuesta negativa: ¿se infiere del derecho de libre circulación de la hija ciudadana comunitaria, según el artículo 45, apartado 1, de la Carta, eventualmente en relación con el artículo 24, apartado 3, de la Carta, un derecho de residencia comunitario para el padre, nacional de un tercer país, y, en cualquier caso, en tanto que éste sea titular de la patria potestad sobre su hija ciudadana comunitaria, y la ejerza de hecho, con el fin, principalmente, de no privar al derecho de libre circulación de la hija ciudadana comunitaria de todo efecto útil?
- C. Sobre el artículo 6 TUE, apartado 3, en relación con los principios generales del Derecho de la Unión:
- 1) ¿Pueden aplicarse en toda su extensión los derechos fundamentales de la UE “no escritos” desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la sentencia de 12 de noviembre de 1969, Stauder (29/69, Rec. p. 419), apartado 7, hasta, por ejemplo, la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I 9981), apartado 75, incluso si, en el caso concreto, se excluye la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? o, formulado con otras palabras, ¿coexisten los derechos fundamentales que continúan en vigor conforme al artículo 6, apartado 3, TUE como principios generales del Derecho de la Unión de forma autónoma e independiente con los nuevos derechos fundamentales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea según el artículo 6 TUE, apartado 1?
- 2) En caso de respuesta afirmativa: ¿puede inferirse, para un ejercicio efectivo de la patria potestad, de los principios generales del Derecho de la Unión, y en particular a la luz del derecho al respeto a la vida familiar establecido en el artículo 8 del CEDH, un derecho de residencia comunitario para el padre, nacional de un tercer país, de una ciudadana comunitaria menor de edad que reside con su madre principalmente en otro Estado miembro de la UE debido a la actividad profesional de ésta?
- D. Sobre el artículo 21 TFUE, apartado 1, en relación con el artículo 8 del CEDH:

Si del artículo 6 TUE, apartado 1 o apartado 3, no se infiere un derecho de residencia comunitario para el demandante: ¿puede deducirse, enlazando con la sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen (C-200/02, Rec. p. I 9925), apartados 45 a 47, al objeto de ejercer de forma efectiva la patria potestad, del derecho de libre circulación de una ciudadana comunitaria menor de edad que reside predominantemente en otro Estado miembro de la UE con su madre debido a la actividad profesional de ésta un derecho de residencia comunitario para el padre en el Estado miembro de origen de la hija ciudadana comunitaria, conforme al artículo 21 TFUE, apartado 1, eventualmente a la luz del artículo 8 del CEDH?

E. Sobre el artículo 10 de la Directiva 2004/38/CE:

Si se reconoce un derecho de residencia comunitario: ¿posee un progenitor, nacional de un tercer país, en la situación del demandante un derecho a que se expida una “tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la UE” según el artículo 10, apartado 1, primera frase de dicha Directiva?»

26. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente admite que: «Todas las cuestiones prejudiciales pueden obviamente resumirse en una única pregunta:

¿Se deduce del Derecho de la Unión Europea que a un progenitor de un tercer [país,] titular de la patria potestad, con el fin de mantener la relación personal periódica y el contacto paternal directo, le corresponde un derecho de permanencia documentado en una “tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la UE” en el Estado miembro de origen de su hija ciudadana comunitaria en caso de que la hija, al ejercer su derecho de libre circulación, se traslade desde allí hasta otro Estado miembro?»<sup>7</sup>

## V. Apreciación de las cuestiones prejudiciales

### A. Orden del examen

27. En las apreciaciones expuestas a continuación hay que partir de la cuestión resumida, reproducida en el punto 26, para examinarla a la luz de los criterios jurídicos indicados en el punto 25, en la medida en que sean pertinentes.

28. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en primer lugar, si en las circunstancias del procedimiento principal al demandante le corresponde en el Estado miembro de origen de su hija alemana un derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión. En segundo lugar pregunta si el demandante, en virtud dicho derecho, puede reclamar la expedición de una «tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión» en virtud del Derecho de la Unión.

*B. Sobre el derecho de residencia de un nacional de un tercer país, titular de la patria potestad sobre una ciudadana comunitaria menor de edad que se ha trasladado a otro Estado miembro, en el Estado miembro de origen de la menor*

29. El derecho de residencia comunitario del demandante en Alemania podría deducirse de la Directiva 2004/38 o del Derecho primario.

30. En primer lugar procede examinar en primer lugar si se puede fundamentar en la Directiva 2004/38.

#### 1. La Directiva 2004/38

31. Para examinar si se puede fundamentar en la Directiva 2004/38 un derecho de residencia es necesario efectuar primero una serie de apreciaciones sobre el tenor de sus disposiciones, su sistemática y su finalidad. Posteriormente debemos comprobar si el resultado de dicha interpretación literal, sistemática y teleológica de la Directiva 2004/38 es compatible con los derechos fundamentales.

<sup>7</sup> — Página 16 de la resolución de remisión.

a) Interpretación literal de la Directiva 2004/38

32. El derecho de residencia del demandante en Alemania podría deducirse, en su caso, del artículo 7, apartado 2, o del artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38. Asimismo, debe atenderse al considerando quinto de la Directiva.

i) El artículo 7, apartado 2, en relación con el artículo 2, número 2, letra d), de la Directiva 2004/38

33. Cuando un ciudadano de la Unión se traslada a otro Estado miembro, cuya nacionalidad no ostenta, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38 en relación con su artículo 2, número 2, letra d), confiere a los padres del ciudadano de la Unión un derecho de residencia de más de tres meses, siempre que tengan a cargo al ciudadano de la Unión. Sin embargo, dicho derecho de residencia está sujeto a la condición de que el familiar de que se trate efectivamente acompañe al ciudadano de la Unión o se reúna con él en el Estado miembro de acogida.

34. En el procedimiento principal no se cumplen los requisitos de hecho descritos. Por una parte, el padre, nacional de un tercer país, precisamente no reclama un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida al que se ha trasladado su hija, es decir, Austria, sino que lo reclama en el Estado miembro de origen de su hija, Alemania. Por otra parte, no es de aplicación el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38 por su mismo tenor literal, pues el padre japonés no ha acompañado a su hija cuando ésta se trasladó al Estado miembro de acogida, ni se reunió con ella en dicho Estado. Por último, en el presente caso tampoco se cumple lo exigido por el artículo 2, número 2, letra d), de la Directiva 2004/38, ya que no es la ciudadana de la Unión la que tiene a su padre a cargo, sino al revés.<sup>8</sup>

ii) El artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38

35. Si bien el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38 concede al «progenitor que tenga la custodia efectiva de los hijos», con independencia de su nacionalidad, un derecho de residencia hasta el final de los estudios del hijo, dicha disposición, por su inequívoco tenor, únicamente es aplicable al caso de que el ciudadano de la Unión parta *del Estado miembro de acogida*, y no al caso aquí controvertido, en que el ciudadano de la Unión parte *de su Estado miembro de origen*. En consecuencia, tampoco esta disposición puede dar lugar a un derecho de residencia en Alemania para el padre japonés de una alemana que se traslada a Austria.

iii) Quinto considerando de la Directiva 2004/38

36. El tenor literal del considerando quinto de la Directiva 2004/38 es, a primera vista, de contenido abierto y, desde un examen aislado, parece conceder a los nacionales de terceros países un derecho de residencia «en el territorio de los Estados miembros.»

37. Sin embargo, como considerando que es, dicha afirmación debe ser valorada como principio que se ha de tener en cuenta al interpretar la Directiva 2004/38, sin llegar al punto de socavar la enumeración exhaustiva y las condiciones específicas de los derechos de residencia que concede la Directiva, ni a reemplazarlos por un derecho de residencia incondicional para los familiares, aplicable a toda la Unión.<sup>9</sup> En caso contrario, no le quedaría un ámbito autónomo de aplicación a los artículos 7, apartado 2, y 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38.

8 — En el mismo sentido y respecto de la disposición similar del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 90/364, véase la sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925), apartado 44.

9 — Véase al respecto Riesenhuber, K., «Die Auslegung» en Riesenhuber, K., *Europäische Methodenlehre*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York 2010, § 11, apartado 37: «Los derechos deben deducirse siempre de la parte normativa de un acto legislativo».

38. En consecuencia, del quinto considerando no se puede deducir un derecho de residencia de un nacional de un tercer país en el Estado miembro de origen de su hijo.

#### iv) Conclusión parcial

39. Por tanto, de la interpretación literal de la Directiva 2004/38 no se desprende un derecho de residencia del demandante en Alemania. Merece recordarse que, según reiterada jurisprudencia, para la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión procede tener en cuenta no sólo el tenor de ésta, sino también su contexto y los objetivos que pretende alcanzar la normativa de que forma parte.<sup>10</sup>

40. Como del tenor de la Directiva 2004/38 no se desprende ningún derecho de residencia de un nacional de un tercer país, titular de la patria potestad de una ciudadana europea menor de edad en el Estado miembro de origen de la menor, debemos examinar ahora si la Directiva en cuestión, atendiendo a su sistemática y sus objetivos, permite una «interpretación amplia» más allá de su tenor.<sup>11</sup>

#### b) Interpretación sistemática de la Directiva 2004/38

41. Acerca de la cuestión de si hay consideraciones sistemáticas que permitan acudir a la Directiva 2004/38, más allá del tenor literal de ésta, para otorgar un derecho de residencia a un nacional de un tercer país, titular de la patria potestad de una menor de edad que se ha trasladado a otro Estado miembro en el Estado miembro de origen de la menor, la Comisión expone acertadamente<sup>12</sup> que la sistemática de la Directiva 2004/38 no deja margen para ampliar el derecho de residencia a situaciones en que los familiares de un ciudadano de la Unión y que son nacionales de un tercer país desean residir en el Estado miembro de origen de dicho ciudadano, cuando el propio ciudadano de la Unión ya se ha trasladado a otro Estado miembro.

42. Efectivamente, el derecho de residencia que la Directiva 2004/38 confiere a los familiares nacionales de un tercer país se vincula en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38 al hecho de que el familiar acompañe al ciudadano de la Unión o se reúna con él en el Estado miembro de acogida.

43. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha destacado que precisamente el requisito referente a que «los miembros de [la] familia [de un ciudadano de la Unión] que le acompañen» no debe interpretarse de manera restrictiva en beneficio del efecto útil de la Directiva 2004/38 y que no es determinante si las personas de que se trate han entrado o no al mismo tiempo en el Estado miembro de acogida.<sup>13</sup>

10 — Véanse, entre otras, las sentencias de 18 de mayo de 2000, KVS International (C-301/98, Rec. p. I-3583), apartado 21; de 23 de noviembre de 2006, ZVK (C-300/05, Rec. p. I-11169), apartado 15, y de 29 de enero de 2009, Petrosian y otros (C-19/08, Rec. p. I-495), apartado 34. Sobre las particularidades metodológicas en la interpretación del Derecho de la Unión, véase Wendehorst, C., «Methodenlehre und Privatrecht in Europa» en Jabloner, C. u. a., *Vom praktischen Wert der Methode, Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena 2011, p. 827 y ss.; sobre los riesgos específicos de la pluralidad de lenguas en el Derecho de la Unión, véase Müller, F./Christensen, R., *Juristische Methodik, Band II, Europarecht*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlín 2007, apartados 324 a 344.

11 — Véase la página 16 de la resolución de remisión.

12 — Véase el apartado 45 de sus observaciones escritas. En el presente asunto, a falta de datos concluyentes, es superfluo efectuar apreciaciones más detalladas sobre la eventual relevancia de la Directiva 2004/38 en caso de un retorno posterior del ciudadano de la Unión a su Estado miembro de origen. Véase, sobre una problemática similar, la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, Eind (C-291/05, Rec. p. I-10719).

13 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2008, Metock y otros (C-127/08, Rec. p. I-6241), apartado 93, y auto del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2008, Sahin (C-551/07, Rec. p. I-10453), apartado 28.

44. Pero, como queda claro en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38, ésta, por su propia concepción normativa, en general contempla únicamente situaciones en que se trate de derechos de residencia del ciudadano de la Unión y de sus familiares en Estados miembros distintos al de la nacionalidad del ciudadano de la Unión.<sup>14</sup>

45. En consecuencia, el derecho de residencia del familiar nacional de un tercer país *en el Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión* por regla general no es objeto de la Directiva 2004/38, y no lo es tampoco cuando el ciudadano de la Unión, pero no su familiar, se traslada desde su Estado miembro de origen a un Estado miembro de acogida.

46. La problemática de una eventual partida del ciudadano de la Unión no fue obviada por el legislador de la Unión en la Directiva 2004/38, pues la reguló de forma detallada en el artículo 12, que en su apartado 3 otorga un derecho de residencia al familiar nacional de un tercer país, pero sólo en el Estado miembro de acogida, no en el Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión. Dicha disposición es aplicable en concreto, por ejemplo, cuando un ciudadano de la Unión, titular de la patria potestad, que inicialmente se trasladó con su cónyuge nacional de un tercer país y con los hijos de ambos al Estado miembro de acogida, abandona dicho Estado miembro de acogida y el cónyuge nacional de un tercer país desea permanecer en dicho Estado con los hijos hasta el final de los estudios de éstos. En cambio, el artículo 12 de la Directiva 2004/38 no regula la situación de partida del Estado miembro de origen ni la cuestión de la subsistencia de un derecho de residencia, en aquel Estado, del familiar nacional de un tercer país, y no se aprecia por qué la valoración que contiene el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38 debe ser trasladable por analogía al Estado miembro de origen, más allá del objeto normativo de la Directiva en cuestión. De todos modos, incluso aplicando por analogía el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38, de ahí no podría deducirse en el presente caso un derecho de residencia del padre, pues éste, nacional de un tercer país, y su hija ya no viven en el mismo Estado miembro, que manifiestamente es el punto de partida del artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38.

47. En último término, la sistemática normativa del artículo 7, apartado 2, y del artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38 tiene en común que el derecho de residencia del nacional de un tercer país depende del derecho del ciudadano de la Unión, en la medida en que debe haber acompañado al ciudadano de la Unión hasta un Estado miembro de acogida, es decir, a un Estado distinto al del Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión. Y es eso lo que falta en el procedimiento principal, pues la ciudadana de la Unión se trasladó a Austria únicamente con su madre.

48. Por lo tanto, a la vista de la sistemática de la Directiva 2004/38, no puede recurrirse a ésta para fundamentar un derecho de residencia de un nacional de un tercer país, titular de la patria potestad de un ciudadano de la Unión menor de edad que se ha trasladado a otro Estado miembro en el Estado miembro de origen del menor.

49. También se suscita la cuestión de si la Directiva 2004/38, más allá de su sistemática normativa, por consideraciones teleológicas puede servir para fundamentar un derecho de residencia de un nacional de un tercer país, titular de la patria potestad de un ciudadano de la Unión menor de edad que se ha trasladado a otro Estado miembro, en el Estado miembro de origen del menor.

14 — Acerca del concepto de «beneficiario» en el sentido de la Directiva 2004/38, véanse los puntos 25 a 45 de las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas el 25 de noviembre de 2010 en el asunto en que recayó la sentencia de 5 de mayo de 2011, McCarthy (C-434/09, Rec. p. I-3375).

c) Acerca de la interpretación teleológica de la Directiva 2004/38

50. Como ya se ha expuesto, la Directiva 2004/38 tiene por finalidad regular las situaciones en que se trata de derechos de residencia del ciudadano de la Unión y de sus familiares en Estados miembros distintos a los de la nacionalidad del ciudadano de la Unión. Por lo tanto, atendiendo a su finalidad no parece lógico incluir situaciones como las del procedimiento principal, en que se trata únicamente del Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión que se ha trasladado y de un eventual derecho de residencia de un familiar en aquel Estado.

51. En cambio, yendo más allá, el órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión de si podría considerarse una «interpretación amplia» de la Directiva 2004/38, a la luz de los artículos 7 y 24 de la Carta,<sup>15</sup> con arreglo a los cuales debe respetarse la vida familiar y los niños tienen derecho a recibir cuidados y a mantener de forma periódica relaciones personales con su padre y con su madre.

d) Acerca de la interpretación de la Directiva 2004/38 conforme a los derechos fundamentales

52. Podría ser necesario un desarrollo jurisprudencial de las disposiciones de la Directiva 2004/38 por la vía de la interpretación conforme a los derechos fundamentales.

53. Conforme al artículo 6 TUE, la Carta forma parte del Derecho primario. El Derecho derivado de la Unión, como la Directiva en cuestión, en la medida de lo posible debe ser interpretado de conformidad con el Derecho primario y, por lo tanto, también con los derechos fundamentales. Cuando un acto jurídico es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición no colisione con los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión.<sup>16</sup>

54. Con arreglo al artículo 51 de la Carta, ésta debe ser respetada al aplicar la Directiva 2004/38. No obstante, más allá del ámbito de aplicación de un acto jurídico no puede suscitarse la cuestión de su interpretación y aplicación conforme a los derechos fundamentales. Dado que ya se ha concluido que la Directiva 2004/38 no comprende la situación aquí controvertida, relativa al derecho de residencia de un nacional de un tercer país en el Estado miembro de origen de un ciudadano de la Unión, resulta innecesario examinar las disposiciones de la Directiva a la luz de la Carta.<sup>17</sup>

55. Lo mismo sucede también con las disposiciones del CEDH,<sup>18</sup> que a efectos interpretativos, al igual que la Carta, únicamente pueden ser relevantes en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38. Como la Directiva de que se trata únicamente regula derechos de residencia en Estados miembros distintos a los de la nacionalidad del ciudadano de la Unión, tampoco es necesario profundizar en este aspecto.

56. No obstante, en este contexto se suscita también la cuestión de si por otras razones puede proceder la aplicación directa de los derechos fundamentales, otorgando al demandante un derecho de residencia en el Estado miembro de origen sin pasar por la Directiva 2004/38, lo que habrá que analizar en los puntos 75 y siguientes de las presentes conclusiones.

15 — Si bien el órgano jurisdiccional remitente considera una «interpretación amplia» así, la juzga como más bien «desmedida» (Véase la página 16 de la resolución de remisión).

16 — Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros* (C-305/05, Rec. p. I-5305), apartado 28 y jurisprudencia allí citada, y de 19 de noviembre de 2009, *Sturgeon y otros* (C-402/07 y C-432/07, Rec. p. I-10923), apartado 48; sobre la primacía de los derechos fundamentales y la interpretación conforme a los derechos fundamentales, véase Jarass, H. D., *EU-Grundrechte*, C. H. Beck, Munich 2005, § 3, rg. 7.

17 — La Abogado General Kokott señaló en el punto 31 de sus conclusiones presentadas en el asunto *McCarthy*, citadas en la nota 14, que la Directiva en cuestión, como tal, es conforme con el Derecho primario, lo que también se indica, especialmente respecto de los derechos fundamentales, en el trigésimo primer considerando de la citada Directiva.

18 — Sobre su relación con la Carta, véanse mis conclusiones presentadas el 22 de septiembre de 2011 en el asunto *N.S.* (sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y otros*, C-411/10 y C-493/10, Rec. p. I-13905), puntos 142 a 148.

57. En cualquier caso, no se impone desarrollar jurisprudencialmente la Directiva 2004/38 basándose en los derechos fundamentales para justificar un derecho de residencia de un nacional de un tercer país, titular de la patria potestad de un ciudadano de la Unión menor de edad que se ha trasladado a otro Estado miembro en el Estado miembro de origen del menor.

e) Conclusión parcial

58. Como conclusión parcial procede señalar que de la Directiva 2004/38 no se puede deducir un derecho de residencia de un nacional de un tercer país, titular de la patria potestad de un ciudadano de la Unión menor de edad que se ha trasladado a otro Estado miembro en el Estado miembro de origen del menor.

59. Puesto que el Derecho derivado no concede al demandante el pretendido derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión, a continuación procede examinar el Derecho primario.

2. El Derecho primario

60. A la luz de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 6 TUE, apartados 1 y 3, al demandante le podría asistir un derecho de residencia en el Estado miembro de origen de su hija, que se ha trasladado a Austria, en virtud de los artículos 20 TFUE y 21 TFUE.

a) Derecho de residencia del nacional de un tercer país, titular de la patria potestad, para salvaguardar efectivamente el contenido esencial de la posición jurídica, como ciudadano de la Unión, de un ciudadano de la Unión menor de edad

61. Como nacional de un tercer país, el padre, titular de la patria potestad, en el presente caso no puede invocar directamente la libre circulación consagrada en los artículos 20 TFUE y 21 TFUE ni un derecho de permanencia en virtud de la ciudadanía de la Unión. No obstante, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el estatuto de ciudadano de la Unión puede conducir, en casos concretos, a que también a los familiares de éste que sean nacionales de un tercer país se les reconozca un derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión.

i) Anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>19</sup>

62. El reconocimiento de un derecho de residencia comunitario, derivado del Derecho primario, de un progenitor nacional de un país tercero exige, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que, en caso de denegarse el derecho de residencia a un progenitor nacional de un tercer país, se viera menoscabado el ejercicio efectivo de la esencia de la posición jurídica del ciudadano de la Unión.<sup>20</sup> En consecuencia, se ha reconocido un derecho de residencia a un progenitor nacional de un tercer país (eso sí, en el mismo Estado miembro en que se encontraba el menor), por ejemplo, cuando una «denegación del permiso de residencia [tendría] como consecuencia que los [...] menores se [verían] obligados a abandonar el territorio de la Unión»,<sup>21</sup> o cuando, en caso contrario, se «privaría de todo efecto útil al derecho de residencia del [menor]». <sup>22</sup>

19 — Véanse, además de las sentencias Dereci y otros (citada en la nota 2), Ruiz Zambrano (citada en la nota 3) y Zhu y Chen (citada en la nota 8), por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279), apartado 46, sobre la libre prestación de servicios «a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar», y la sentencia McCarthy, citada en la nota 14, apartado 57.

20 — En ese sentido, la sentencia Ruiz Zambrano, citada en la nota 3, apartado 42, conforme a la cual las «medidas nacionales [no pueden tener] por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión».

21 — Sentencia Ruiz Zambrano, citada en la nota 3, apartado 44.

22 — Sentencia Zhu y Chen, citada en la nota 8, apartado 45.

63. Recientemente, en la sentencia Dereci, y otros<sup>23</sup> el Tribunal de Justicia, haciendo referencia al criterio del «contenido esencial de los derechos que les confería su estatuto de ciudadanos de la Unión», volvió a resaltar que, en principio, un derecho de residencia derivado a favor de un nacional de un tercer país sólo se puede afirmar excepcionalmente y expuso al respecto que «el solo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, que miembros de su familia, que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro, puedan residir con él en el territorio de la Unión no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido». Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia de forma explícita no quiso prejuzgar «si existen otros fundamentos, en especial relacionados con el derecho a la protección de la vida familiar, que se oponen a que se deniegue al derecho de residencia. Esa cuestión, sin embargo, debe tratarse en el marco de las disposiciones referidas a la protección de los derechos fundamentales y en función de su aplicabilidad respectiva».

ii) Aplicación de los principios jurisprudenciales a los hechos del procedimiento principal

64. En el presente asunto difícilmente se puede defender, por lo pronto, que la esencia de la posición jurídica, como ciudadano de la Unión, de una ciudadana de la Unión menor de edad pueda verse afectada si a su padre nacional de un tercer país no se le concediese en Alemania un derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión.

65. A ello se opone el mero hecho de que la ciudadana de la Unión ya se ha trasladado con su madre a Austria cuando a su padre aún no se le ha concedido en Alemania un derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión, de modo que ella ha ejercido plenamente su libertad de circulación. Por tanto, como en este caso concreto, de forma manifiesta, el efecto útil de su posición jurídica como ciudadana de la Unión no se ve amenazado en su esencia, atendiendo a los principios jurisprudenciales, habría que negar a su padre un derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión basado en la ciudadanía de la Unión de la hija o basado en la libre circulación.

66. No obstante, debe tenerse en cuenta que el padre nacional de un país tercero, titular de la patria potestad posiblemente ejerza junto con la madre de la hija el derecho a determinar el lugar de estancia de ésta, de modo que puede decidir (o «codecidir») el lugar de residencia de la menor. Cabe imaginar que la madre y el padre, si no fuese prorrogado su permiso de residencia en Alemania o se le denegase un derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión, considerarían trasladar de nuevo la residencia de la menor a Alemania.

67. Sin embargo, en esa situación (aún hipotética) actualmente resulta difícil apreciar una injerencia concreta en la esencia de la posición jurídica de la hija con arreglo al Derecho de la Unión.

iii) Conclusión parcial

68. Por todo lo expuesto, aplicando la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia hasta la fecha, en un caso como el del procedimiento principal, no puede deducirse un derecho de residencia de un nacional de un tercer país, titular de la patria potestad, en el Estado miembro de origen del ciudadano europeo menor de edad.

69. En cambio, en la jurisprudencia aún no se ha examinado detalladamente si en las circunstancias del procedimiento principal puede afirmarse, en atención al Derecho primario, la existencia de un derecho de residencia de un nacional de un tercer país en el Estado miembro de origen del ciudadano europeo para la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales.

23 — Sentencia citada en la nota 2, apartados 65 a 69.

b) Derecho de residencia de un nacional de un tercer país para la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales

70. En la sentencia Dereci y otros, el Tribunal de Justicia consideró esta posibilidad y expuso al respecto: «[...] si el tribunal remitente considerase, atendiendo a las circunstancias [...], que la situación de los demandantes [de los procedimientos principales] está regida por el Derecho de la Unión, deberá examinar si la denegación del derecho de residencia de éstos vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar previsto en el artículo 7 de la Carta. Si considerase, en cambio, que esa situación no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, deberá realizar ese examen a la luz del artículo 8, apartado 1, del CEDH».<sup>24</sup>

71. Si bien el asunto Dereci y otros, tuvo por objeto la cuestión de una residencia común de un ciudadano de la Unión y un nacional de un tercer país en el mismo Estado miembro, las apreciaciones expuestas de la sentencia Dereci y otros, antes citada, son tan genéricas que parecen trasladables también a los presentes hechos, en que se trata de dos Estados miembros distintos.

72. A continuación debe abordarse esa problemática, y en primer lugar habrá que examinar si realmente en el presente caso procede aplicar la Carta. Conforme al artículo 51, apartado 1, de la Carta, esto exigiría una relación con la aplicación del Derecho de la Unión.

73. Por lo tanto, una relación con disposiciones meramente nacionales, sin incidencia del Derecho de la Unión, no sería suficiente.<sup>25</sup> En cambio, se debería apreciar una relación suficiente con la aplicación del Derecho de la Unión, incluso cuando la denegación del permiso de residencia comunitario no supusiera una injerencia en la esencia de los derechos que confiere el estatuto de ciudadano de la Unión, pero sí una restricción de menor peso del derecho de libre circulación del ciudadano europeo menor de edad.

74. Parte de la doctrina, acogiéndose al tenor del artículo 51 de la Carta, que hace referencia a la aplicación del Derecho de la Unión, cuestiona que la Carta sea aplicable en el contexto de las restricciones a las libertades fundamentales.<sup>26</sup> Dichas reservas se formulan también respecto del derecho de libre circulación, consagrado en el artículo 21 AEUV.<sup>27</sup> En cambio, la referencia en las Explicaciones a la Carta<sup>28</sup> a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en que se ha reconocido la aplicabilidad de los derechos fundamentales a medidas que restringen las libertades fundamentales,<sup>29</sup> favorece la aplicación de los derechos fundamentales consagrados en la Carta también a las restricciones de la libre circulación con arreglo al artículo 21 TFUE.

24 — Sentencia Dereci y otros, citada en la nota 2, apartado 72.

25 — Así lo parece considerar también el órgano jurisdiccional remitente en el apartado B.1 de su catálogo de preguntas.

26 — Véase, sobre el estado del debate, Borowsky, M. en Meyer, J., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011, artículo 51, apartados 29 a 31, Ehlers, D. en Ehlers, D. *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3ª ed., De Gruyter, Berlín 2009, § 14, apartado 53, y Jarass, citado en la nota 16, § 4, apartado 15.

27 — Véase, sobre su naturaleza jurídica, la sentencia Zhu y Chen, citada en la nota 8, apartados 39 a 41, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, García Avello (C-148/02, Rec. p. I-11613), apartado 24, así como Seyr, S./Rümke, H.-C., «Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft – zugleich eine Anmerkung zum Urteil in der Rechtssache Chen», EuR 2005, 667, 672 y ss., Calliess, C., «Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik», EuR 2007, pp. 7, 23 y ss., y, con remisión al considerando segundo de la Directiva 2004/38, Graf Vitzthum, N., «Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger», EurR 2011, pp. 550 y 555 y especialmente la nota 29.

28 — Véase, al respecto, la Explicación relativa al artículo 51 de la Carta, que se puede consultar en DO 2007, C 303, p. 32.

29 — Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2004, Karner (C-71/02, Rec. p. I-3025), apartados 48 y ss. y la jurisprudencia allí citada; de 11 de julio de 2002, Carpenter, citada en la nota 19, apartado 40, y de 26 de junio de 1997, Familiapress (C-368/95, Rec. p. I-3689), apartado 24.

i) Restricción de la libre circulación del artículo 21 TFUE como criterio para la aplicabilidad de la Carta

75. Si existe, y en qué medida, una restricción de la libre circulación del artículo 21 TFUE depende en último término de las circunstancias del caso concreto, cuya apreciación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

76. Lo que sí es evidente es que la situación legal de residencia del padre, que en el futuro posiblemente no esté asegurada en Alemania, podría llegar a disuadir a su hija menor de edad, como ciudadana de la Unión, de continuar ejerciendo su derecho a la libre circulación,<sup>30</sup> representando así una restricción de dicho derecho, si bien no constituiría una injerencia en el contenido esencial de los derechos que confiere el estatuto de ciudadano de la Unión, en el sentido de la jurisprudencia disponible hasta la fecha.<sup>31</sup>

77. Posiblemente a tal efecto sea necesario insistir en la comprobación de hechos por parte del órgano jurisdiccional remitente, pues de los autos no se desprende qué efecto tendrá la eventualmente insegura situación legal de residencia del demandante sobre la futura planificación de la vida de la madre y la hija.

78. En cambio parece razonable que la ciudadana de la Unión, suponiendo que las relaciones entre padre e hija, como se desprende de los autos, sean pacíficas, se vería disuadida de ejercitar su derecho de libre circulación en mayor medida cuanto mayor fuera el riesgo de que, a causa de una eventual denegación en Alemania de un derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión, su padre nacional de un tercer país se viera obligado a establecer su domicilio en un lugar muy alejado de ella. En cualquier caso, para ello habría que proceder a una consideración en conjunto y apreciar también que, como señala el Gobierno alemán,<sup>32</sup> posiblemente el nacional de un país tercero tenga derecho a perpetuar su título nacional de residencia.

79. Ahora bien, si en tal caso hubiera que apreciar tal efecto disuasorio a causa de la denegación de un derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión y, por tanto, una restricción a la libre circulación, procedería aplicar los derechos fundamentales.

80. En ese marco habría que considerar debidamente los derechos fundamentales y examinar especialmente si de éstos, en último término, se deduce efectivamente un derecho al reconocimiento a favor del nacional de un tercer país de un derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión.

ii) ¿Posibilidad de un derecho de residencia en virtud de los derechos fundamentales?

81. De mis anteriores reflexiones se desprende que procede aplicar la Carta en el sentido de su artículo 51, apartado 1, frase primera, en la medida en que la denegación del derecho de residencia restrinja el derecho de libre circulación de la hija con arreglo al artículo 21 TFUE y, por tanto, se vea cuestionada la aplicación del Derecho de la Unión.

82. Son relevantes en el presente caso, en lo que a los derechos fundamentales se refiere, especialmente el derecho del menor a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre (artículo 24, apartado 3, de la Carta) y el respeto a la vida familiar (artículo 7 de la Carta).

30 — Sobre el amplio concepto de restricción, véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia del 26 de octubre de 2006, *Tas-Hagen y Tas* (C-192/05, Rec. p. I-10451), apartado 30 y ss. y la jurisprudencia allí citada, y de 18 de julio de 2006, *De Cuyper*, (C-406/04, Rec. p. I-6947), apartado 39. Véase al respecto también el punto 69 de las conclusiones presentadas el 27 de marzo de 2012 por el Abogado General Bot en el asunto *Rahman* y otros (C-83/11).

31 — Véanse al respecto las observaciones escritas de la Comisión, pp. 21 y 22.

32 — Véanse al respecto las observaciones escritas de la República Federal de Alemania, apartados 95 y ss.

83. En cambio, es dudoso que una denegación del derecho de residencia implique una injerencia en ese sentido en los derechos fundamentales, lo que a su vez depende de las circunstancias del caso concreto, cuya apreciación atañe al órgano jurisdiccional remitente.<sup>33</sup>

84. Efectivamente, si al padre se le denegase un derecho de residencia en Alemania, esto no tendría necesariamente consecuencias sobre su posibilidad de mantener contactos periódicos con su hija que vive en Austria. Por el contrario, el artículo 24, apartado 3, de la Carta podría garantizar precisamente que el padre, una vez que su hija ha hecho uso de la libertad de circulación, mantuviese la relación familiar con ella también en Austria.

85. En cambio, si en el caso concreto resultase que la denegación del derecho de residencia lleva aparejado frustrar la posibilidad de mantener relaciones personales periódicas, esto podría representar una injerencia en los derechos fundamentales, cuya justificación habría que analizar a la luz de criterios de proporcionalidad. En ese contexto habría que considerar también si el padre nacional de un tercer país efectivamente ejerce la patria potestad y si trata de cumplir con sus obligaciones paternas.

86. En tal caso, del artículo 24, apartado 3, de la Carta, en relación con su artículo 7, posiblemente podría deducirse un derecho de residencia del nacional de un tercer país, basado en los derechos fundamentales, en el sentido de la sentencia Dereci y otros, antes citada.<sup>34</sup>

87. Asimismo, procede señalar que también del artículo 8 del CEDH, aplicable a las relaciones paterno-filiales aun cuando hijos y padres ya no convivan de forma duradera en una comunidad familiar,<sup>35</sup> se desprende una valoración en ese sentido. Con arreglo al artículo 52, apartado 3, de la Carta, los derechos de la Carta que correspondan a derechos garantizados por el CEDH tienen un sentido y alcance iguales a los que les confiere el CEDH. No obstante, en el artículo 52, apartado 3, de la Carta se aclara expresamente que dicha disposición no obsta a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.<sup>36</sup>

### c) Conclusión parcial

88. Por lo tanto, como conclusión parcial procede declarar que de los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, a la luz de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 6 TUE, apartados 1 y 3, y especialmente de los consagrados en los artículos 7 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, respecto a un progenitor nacional de un tercer país y titular de la patria potestad puede derivarse un derecho de residencia en el Estado miembro de origen de su hijo ciudadano de la Unión a fin de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos paterno-filiales directos, cuando el hijo, en ejercicio de su derecho de libre circulación, se ha trasladado desde aquel Estado a otro Estado miembro. Ese derecho de residencia presupone que su denegación tenga un efecto restrictivo sobre el derecho a la libre circulación del hijo y que a la luz de los derechos fundamentales mencionados deba ser calificado como injerencia desproporcionada en los derechos fundamentales. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar este extremo.

33 — Véase en ese sentido también el punto 78 de las conclusiones presentadas el 27 de marzo de 2012 por el Abogado General Bot en el asunto Rahman y otros, citadas en la nota 30, si bien en aquel asunto se trataba de la residencia de los familiares en el mismo Estado miembro.

34 — Sobre la relevancia del Derecho primario, a efectos del derecho de residencia, en relación con los derechos humanos y fundamentales, véanse también los puntos 74 y 79 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Bot en el asunto Rahman y otros, citadas en la nota 30.

35 — Véase al respecto Karpenstein, U./Mayer, F.C., *EMRK*, C.H. Beck, Múnich 2012, artículo 8, apartados 41 a 53 y jurisprudencia allí citada, así como Grabenwarter, C., *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4ª ed., C.H. Beck, Múnich 2009, § 22 apartados 16 a 19, así como, en general sobre el alcance del derecho consagrado en el artículo 8 del CEDH, las sentencias del TEDH Ahmut/Países Bajos de 28 de noviembre de 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, 2030, § 71, Gül/Suiza de 19 de febrero de 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-I, 174, § 38, y Sen/Países Bajos de 21 de diciembre de 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-I, § 31.

36 — Véanse mis conclusiones en el asunto N.S., citadas en la nota 18, puntos 143 y ss.

*C. Derecho derivado del Derecho de la Unión a la expedición de una «tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión»*

89. Independientemente de la cuestión de si al nacional de un tercer país, a la vista de los derechos fundamentales en cuestión, en último término le corresponde o no un derecho de residencia en Alemania en virtud del Derecho primario, en aplicación del Derecho de la Unión no puede solicitar una «tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión».

90. Los requisitos para la expedición de dicha tarjeta se regulan taxativamente en el artículo 10 de la Directiva 2004/38 y están ajustados específicamente al derecho de residencia que concede la citada Directiva 2004/38 a los nacionales de terceros países. Así se exige especialmente la presentación del certificado de registro del ciudadano de la Unión al que el nacional de un tercer país acompañe o con el que vaya a reunirse posteriormente. El demandante del procedimiento principal no podrá aportar tal certificado, pues precisamente no acompañó a su hija a Austria.

91. Al igual que en lo concerniente al derecho sustantivo de residencia, también aquí se prohíbe una aplicación de la disposición más allá del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38, de modo que, en virtud del Derecho de la Unión, no existe un derecho a la expedición de la citada tarjeta de residencia. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si, en su caso, el Derecho nacional prevé la expedición de la citada tarjeta para cualesquiera otros supuestos de derechos de residencia derivados del Derecho de la Unión, es decir, más allá del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38.

## **VI. Conclusión**

92. A la vista de lo que antecede, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas:

«La Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, no confiere a un progenitor nacional de un tercer país y titular de la patria potestad un derecho de permanencia en el Estado miembro de origen de su hijo ciudadano de la Unión, que deba documentarse mediante una tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión, a fin de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos paterno-filiales directos, cuando el hijo, en ejercicio de su derecho de libre circulación, se ha trasladado desde aquel Estado a otro Estado miembro.

De los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, a la luz de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 6 TUE, apartados 1 y 3, y especialmente de los consagrados en los artículos 7 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, respecto a un progenitor nacional de un tercer país y titular de la patria potestad puede deducirse un derecho de residencia en el Estado miembro de origen de su hijo ciudadano de la Unión a fin de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos paterno-filiales directos, cuando el hijo, en ejercicio de su derecho de libre circulación, se ha trasladado desde aquel Estado a otro Estado miembro. Ese derecho de residencia presupone que su denegación tenga un efecto restrictivo sobre el derecho a la libre circulación del hijo y que, a la luz de los derechos fundamentales mencionados, deba ser calificado como injerencia desproporcionada en los derechos fundamentales. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar este extremo.

En virtud del Derecho de la Unión no podrá reclamar la expedición de una tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión a fin de documentar ese derecho de residencia.»