

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT
de 8 de septiembre de 2005¹

I. Introducción

1. Mediante este recurso el Parlamento Europeo impugna el artículo 4, apartados 1, último párrafo, y 6, y el artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar² (en lo sucesivo, «Directiva»). A pesar de su título, esta Directiva no regula la reagrupación familiar en general, sino sólo los derechos de familias integradas por ciudadanos no comunitarios.

2. Conforme a la Directiva, un nacional de un tercer país que resida legalmente en la Comunidad tiene derecho a que el Estado de acogida autorice la entrada y residencia de sus hijos en aras de la reagrupación familiar. No obstante, las disposiciones impugnadas permiten a los Estados miembros, en determinadas circunstancias, limitar la reagrupación familiar en el caso de hijos mayores de

12 o de 15 años y establecer determinados períodos de espera. El Parlamento opina que estas disposiciones son incompatibles con la protección de la familia que confiere la normativa sobre derechos humanos y con el principio de igualdad de trato.

3. Aunque, evidentemente, el Parlamento no atribuye gran valor a las aportaciones de los Abogados Generales,³ las nuevas cuestiones jurídicas que suscita el presente recurso exigen la presentación de conclusiones. Estas cuestiones se refieren, en particular, a la admisibilidad del recurso y a la aplicación de los derechos fundamentales y de los derechos humanos pertinentes.

3 — En la resolución del Parlamento Europeo relativa a las observaciones que forman parte de la decisión relativa a la aprobación de la ejecución del presupuesto general de la Unión Europea para el ejercicio presupuestario de 2003 — Presupuesto particular IV — Tribunal de Justicia (C6-0017/2005 — 2004/2043(DEC), de 12 de abril de 2005, Documento P6_TA-PROV(2005)0095, Informe A6-0066/2005, aún no publicadas en el Diario Oficial, el Parlamento se congratula de la disminución del número de conclusiones de los Abogados Generales.

1 — Lengua original: alemán.

2 — DO L 251, p. 12.

II. Marco jurídico

introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales».

A. Derecho comunitario

4. El Consejo ha basado la Directiva en el artículo 63, párrafo primero, punto 3, del Tratado. Conforme a esa disposición, el Consejo debe adoptar por unanimidad medidas sobre políticas de inmigración en los siguientes ámbitos:

«a) condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar,

b) [...]»

5. También hay que mencionar al artículo 63, párrafo segundo, del Tratado, que establece lo siguiente:

«Las medidas adoptadas por el Consejo en virtud de los puntos 3 y 4 no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o

6. El segundo considerando de la Directiva hace expresamente hincapié en la protección de la familia, como se deduce de los acuerdos internacionales y, en particular, de los derechos fundamentales:

«Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional. La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»

7. A este respecto deber recordarse que el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales (artículo II-67 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) relativo al respeto de la vida privada y familiar, establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

8. El quinto considerando indica lo siguiente:

«Los Estados miembros deben aplicar las disposiciones de la presente Directiva sin ningún tipo de discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o ideología, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a minoría nacional, fortuna, nacimiento, minusvalía, edad u orientación sexual.»

9. Con ello el legislador comunitario recuerda las prohibiciones específicas de discriminación impuestas en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales (artículo II-81 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa).

10. Conforme al artículo 3, apartado 4, letra b), la Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones más favorables de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961,⁴ de la Carta Social Europea modificada, de 3 de mayo de 1996,⁵ y del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante de 24 de noviembre de 1977.⁶

4 — ETS 35.

5 — ETS 163, la Directiva menciona equivocadamente el año 1987.

6 — ETS 93.

11. El artículo 4, apartado 1, de la Directiva establece fundamentalmente que los Estados miembros deben autorizar la entrada y la residencia del cónyuge y de los hijos. No obstante, el último párrafo permite a los Estados miembros imponer requisitos adicionales a la reagrupación familiar en el caso de hijos mayores de 12 años:

«Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la presente Directiva.»

12. El duodécimo considerando de la Directiva señala, al respecto, lo siguiente:

«La posibilidad de limitar el derecho a la reagrupación familiar a los niños de edad superior a 12 años cuya residencia principal no es la misma que la del reagrupante, pretende reflejar la capacidad de integración de los niños en edad temprana, garantizando que adquieran en el colegio la educación y los conocimientos lingüísticos necesarios.»

13. Con arreglo al artículo 4, apartado 6, de la Directiva, el derecho a la reagrupación familiar no se aplica en absoluto cuando la solicitud de reagrupación de un hijo se presente después de que éste haya cumplido los 15 años de edad:

«Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva. Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar.»

14. El artículo 8 de la Directiva permite imponer períodos de espera:

«Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él.

Excepcionalmente, cuando en materia de reagrupación familiar la legislación existente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la presente Directiva tenga en

cuenta su capacidad de acogida, este Estado miembro podrá establecer un período de espera de tres años como máximo entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición de un permiso de residencia a los miembros de la familia.»

15. La Directiva contiene distintas disposiciones relativas a la consideración de las circunstancias particulares de cada caso concreto.

16. Conforme al artículo 5, apartado 5, de la Directiva, debe tenerse en cuenta el interés del menor:

«Al examinar la solicitud, los Estados miembros velarán por que se tenga debidamente en cuenta el interés mejor del menor.»

La propuesta de la Comisión⁷ todavía contenía una referencia expresa a la Convención sobre los Derechos del Niño.⁸

7 — COM(2002) 225, p. 19.

8 — Presentada a la firma el 20 de noviembre de 1989 (UN Treaty Series, tomo 1577, p. 43). Todos los Estados miembros han ratificado este Convenio. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa prevé expresamente, en su artículo I-3, apartado 3, párrafo segundo, que la Unión promueve la protección de los derechos del niño, a los que, en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales (artículo II-84 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) se reconoce su condición de derecho fundamental.

17. El artículo 17 se refiere a todas las personas potencialmente interesadas:

«Al denegar una solicitud, al retirar el permiso de residencia o denegar su renovación, así como al dictar una decisión de devolver al reagrupante o un miembro de su familia, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen.»

B. *Derecho internacional*

1. Convenios europeos

18. En Derecho internacional, la protección de la vida familiar se desprende, sobre todo, del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»):

«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 derechos, 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.»

19. El artículo 14 del CEDH impone una prohibición de discriminación:

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.»

20. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión⁹ también contiene disposiciones relativas a la reagrupación familiar. Conforme a la parte I, n° 19, los trabajadores migrantes nacionales de cada una de las partes contratantes tienen derecho a la protección y a la asistencia en el territorio

⁹ — Citada en la nota 4.

de cualquier otra parte contratante. El artículo 19 concreta este derecho por lo que se refiere a la reagrupación familiar, en los siguientes términos:

«Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia en el territorio de cualquier otra parte contratante, las partes contratantes se comprometen:

1-5. [...]

6. A facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio.

7-10. [...]»¹⁰

10 — Según la oficina de Tratados, sitio <http://conventions.coe.int>, visitada el 14 de abril de 2005, esta disposición ha sido reconocida por Austria, Bélgica, Portugal, Estonia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Eslovenia, España, Alemania, Grecia, Finlandia, los Países Bajos, Polonia, Suecia, el Reino Unido y Chipre, pero no por Letonia, Malta, Eslovaquia, la República Checa y Hungría. Dinamarca parece haber aceptado el artículo 19, apartado 6, al ratificar en 1996 la Carta modificada. Al ratificar la Carta modificada Lituania se declaró no vinculada por el artículo 19, apartado 6.

21. En el anexo a la Carta Social que, conforme a su artículo 38, forma parte integrante de la misma, se señala que, a los efectos de aplicar la citada disposición, la expresión «familia del trabajador extranjero» debe interpretarse en el sentido de que se refiere a la esposa del trabajador y a sus hijos menores de veintiún años que vivan a su cargo. En la versión modificada de la Carta Social Europea, de 3 de mayo de 1996,¹¹ que ha mantenido el tenor del artículo 19, apartado 6, se dio una nueva redacción al anexo, según la cual, a los efectos de aplicar la citada disposición, la expresión «familia del trabajador extranjero» debe interpretarse en el sentido de que se refiere, al menos, al cónyuge del trabajador y a sus hijos no casados, mientras éstos deban ser considerados menores de edad con arreglo a las disposiciones aplicables del Estado de acogida y vivan a cargo del trabajador.

22. El Consejo de Europa también ha adoptado el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.¹² La reagrupación familiar está regulada en el artículo 12. Su apartado 1 establece lo siguiente:

«El cónyuge del trabajador migrante, empleado legalmente en el territorio de una Parte Contratante, y sus hijos no casados, mientras se les considere como menores por la legislación pertinente del Estado de acogida, y que dependan del trabajador

11 — Citada en la nota 5.

12 — Citado en la nota 6. Hasta el momento sólo ha sido ratificado por ocho Estados, entre ellos España, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal y Suecia.

migrante, están autorizados, en condiciones análogas a las estipuladas en el Convenio para la admisión por la legislación o por acuerdos internacionales, a unirse con el trabajador migrante en el territorio de una Parte Contratante, siempre que éste disponga para su familia de una vivienda considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado. Cada Parte Contratante podrá supeditar la autorización mencionada a un plazo de espera que no podrá exceder de doce meses.»

«(1) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

(2) Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra estas injerencias o esos ataques.»

23. Conforme a la definición del artículo 1, para el objeto de este Convenio, el término trabajador migrante designa sólo a los súbditos de las Partes Contratantes.

25. Además, el artículo 23, apartado 1, del Pacto estipula lo siguiente:

«La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.»

2. Otros convenios

24. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966¹³ contiene, en el artículo 17, la siguiente garantía, comparable al artículo 8 del CEDH:

26. Para completar conviene citar también el artículo 24, apartado 1, del Pacto:

«Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.»

13 — UN Treaty Series, volumen 999, p. 171.

27. La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴ también contiene normas sobre la reagrupación familiar. El artículo 9, apartado 1, fija el principio general de que un niño no puede ser separado de sus padres en contra de su voluntad. Sobre esa base el artículo 10, apartado 1, primera frase, establece lo siguiente:

«De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva.»

28. Debe tenerse asimismo en cuenta la exigencia general impuesta por el artículo 3, apartado 1:

«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.»

29. Al igual que el Consejo de Europa, las Naciones Unidas también han adoptado una Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.¹⁵ Con arreglo al artículo 44, apartado 2, los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges e hijos menores de edad. Hasta la fecha esta Convención no ha sido ratificada por ningún Estado miembro de la Comunidad.

30. Por último, debe citarse el artículo 13 del Convenio n° 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado el 24 de junio de 1975 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes,¹⁶ que establece lo siguiente:

«1. Todo Miembro podrá adoptar todas las medidas necesarias, que dependan de su propia competencia, y colaborar con otros Miembros a fin de facilitar la reunión de familias de todos los trabajadores migrantes que residan legalmente en su territorio.

14 — Citada en la nota 8.

15 — Nueva York, 18 de diciembre de 1990, UN Treaty Series, volumen 2220, p. I-39481.

16 — Ratificado por dieciocho Estados, entre ellos Chipre, Italia, Portugal, Eslovenia y Suecia.

2. El presente artículo se refiere al cónyuge del trabajador migrante y, en la medida en que estén a su cargo, a los hijos, al padre y a la madre del migrante.»

— Condene en costas al Parlamento Europeo.

33. La República Federal de Alemania y la Comisión intervienen en apoyo de las pretensiones del Consejo.

III. Pretensiones

31. El Parlamento Europeo solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule, con arreglo al artículo 230 CE, el artículo 4, apartados 1, último párrafo, y 6, y el artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

— Condene a la parte demandada a pagar la totalidad de las costas.

32. El Consejo solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso de anulación del artículo 4, apartados 1, último párrafo, y 6, y el artículo 8 de la Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003.

IV. Apreciación

A. Admisibilidad

1. Existencia de un acto jurídico impugnabile

34. Conforme al artículo 230 CE, los recursos de nulidad únicamente pueden interponerse contra actos jurídicos, pero no contra actuaciones sin efectos jurídicos obligatorios.¹⁷ El artículo 63 CE, párrafo segundo, pone en entredicho la eficacia jurídica vinculante de la Directiva. Conforme a esa disposición, «las medidas [como la Directiva] adoptadas por el Consejo en virtud de los puntos 3 y 4 [del artículo 63] no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales.»

17 — Véanse las conclusiones que presenté el 16 de junio de 2005 en el asunto Italia/Comisión (asuntos acumulados C-138/03, C-324/03 y C-431/03; todavía pendiente ante el Tribunal), punto 45, y las citas allí contenidas.

35. Parte de la doctrina interpreta el artículo 63 CE, párrafo segundo, como una norma de atribución de competencias para la adopción de medidas más severas, como las que ya se contienen en los artículos 95 CE, apartado 5, 137 CE, apartado 5, 153 CE, apartado 3, y 176 CE.¹⁸ Sin embargo, esta interpretación no resulta convincente puesto que, a diferencia de lo que sucede con las cláusulas sobre medidas de protección más severas, el artículo 63 CE, párrafo segundo, no vincula la protección reforzada a ningún objetivo. Por el contrario, cuando los Estados miembros pueden elegir libremente los objetivos de otras medidas, la normativa comunitaria no define niveles mínimos vinculantes para los Estados miembros. Pero la existencia de tales niveles mínimos es lo que caracteriza la posibilidad de adoptar medidas de protección más severas¹⁹ en contraposición a la ausencia absoluta de obligatoriedad.

36. Interpretándolo de manera estrictamente literal, del artículo 63 CE, párrafo segundo, se deduciría que, el Derecho derivado adoptado al amparo de los dos puntos citados, es decir, en particular la Directiva de que se trata, no produciría ningún efecto en Derecho nacional y su aplicación carecería de primacía cuando el Derecho nacional contuviera un régimen distinto.²⁰ En ese sentido, el Gobierno

alemán afirmó, en respuesta a preguntas del Tribunal de Justicia, que el artículo 63, párrafo segundo, permite a los Estados miembros actuar por su cuenta. Siguiendo esta lógica, incluso la inexistencia de toda norma, es decir, la no adaptación a la Directiva, sería conforme a Derecho, puesto que ello constituiría un régimen «distinto». Como consecuencia de ello, la eficacia de las medidas a que se refiere el artículo 63 CE, párrafo primero, puntos 3 y 4, quedaría reducida a la de una recomendación.²¹ Sin embargo, el Gobierno alemán no quería llegar tan lejos.

18 — Fungueiriño-Lorenzo, *Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik vor und nach dem Amsterdamer Vertrag*, p. 81 y ss. Véase también, en la misma línea, Röben en: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, mayo de 1999, artículo 63 CE, nota 43.

19 — Respecto al artículo 176 CE, véanse las sentencias de 22 de junio de 2000, Fornasar y otros (C-318/98, Rec. p. I-4785), apartado 46, y de 14 de abril de 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe (C-6/03, Rec. p. I-2753), apartados 27 y ss.

20 — Véase, por ejemplo, Weiß en: Streinz, *ELIV/EGV*, 2003, Artikel 63 EGV, Randnr. 68 y Brechmann en: Callies/Ruffert, *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2ª edición 2002, Artikel 63 EGV, Randnr. 42.

21 — Esta considerable restricción de la eficacia jurídica vinculante no sólo se limitaría a la Directiva de que se trata, sino también a los siguientes actos jurídicos, basados asimismo exclusivamente en el artículo 63 CE, párrafo primero, puntos 3 y 4: Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DO L 375, p. 12); Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (DO L 261, p. 28); Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DO L 261, p. 19); Decisión 2004/191/CE del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países (DO L 60, p. 55); Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DO L 321, p. 26); Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16, p. 44); Reglamento (CE) n° 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas (DO L 124, p. 1); Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (DO L 157, p. 1) y Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DO L 149, p. 34).

37. Tal interpretación satisfaría el supuesto interés de algunos Estados miembros en que se adoptara dicha disposición. En efecto, en un primer momento no todos los Estados miembros estaban de acuerdo en transferir al Tratado CE las competencias en materia de política de inmigración.²²

38. Sin embargo, esta interpretación del artículo 63 CE, párrafo segundo, como reserva en favor de los Estados miembros llevaría *ad absurdum* la integración de las competencias normativas del artículo 63 CE, párrafo primero, puntos 3 y 4, realizada *simultáneamente* a la inserción de aquel párrafo en el Tratado CE, y le privaría de eficacia. Estas nuevas competencias normativas no persiguen la adopción de recomendaciones. Para ello no habría hecho falta incluir una base jurídica en el Tratado CE, puesto que los artículos K.1 y K.3 del Tratado de la Unión Europea, en la versión del Tratado de Maastricht vigente anteriormente, ya conferían competencias semejantes e incluso más amplias.²³ Por tanto, la atribución de competencias que contiene el artículo 63, párrafo primero, puntos 3 y 4, debía facilitar el instrumental del Derecho comunitario para regular, entre otras cues-

iones, las relativas a la política de inmigración.

39. Así pues, el artículo 63 CE contiene disposiciones contrapuestas,²⁴ cuya respectiva eficacia únicamente puede garantizarse dándoles una interpretación que procure alcanzar un equilibrio adecuado o, como dice el Bundesverfassungsgericht alemán, una concordancia práctica.²⁵ Como declararon el Parlamento, el Consejo y la Comisión a preguntas del Tribunal de Justicia, la consecuencia de todo ello es que el párrafo segundo no puede interpretarse en el sentido de que suprime la obligatoriedad de las medidas adoptadas sobre la base de los puntos 3 y 4. En su lugar, la mención a la compatibilidad con el Tratado debe entenderse, como se hace con todo el Derecho comunitario, en el sentido de que las disposiciones nacionales deben ser compatibles con el Derecho derivado, incluidas las medidas adoptadas sobre la base de los puntos 3 y 4.²⁶

22 — Véase el documento de la Presidencia irlandesa «La Unión Europea, hoy y mañana», CONF/2500/96 de 5 de diciembre de 1996, parte A, sección I, capítulo 2. Aunque aquella propuesta de modificación del Tratado ya regulaba las competencias normativas, no contenía ninguna cláusula comparable a la del párrafo segundo.

23 — En el marco del antiguo Tratado de la Unión, los Estados miembros, además de posiciones comunes y acciones comunes, también podían elaborar acuerdos vinculantes.

24 — La mera existencia de estos problemas de interpretación aboga por la solución, elegida en el artículo III-267 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, de prescindir de un régimen comparable al del artículo 63 CE, párrafo segundo.

25 — Véase la sentencia del Bundesverfassungsgericht de 16 de mayo de 1995 en el asunto Kruzifix (1 BvR 1087/91; BVerfGE 93, p. 1, especialmente, p. 21 y las referencias que allí se facilitan).

26 — En ese sentido véase, por ejemplo Hailbronner, *European Immigration and Asylum Law under the Treaty*, *Common Market Law Review* 1998, 1047 (1051). De la misma opinión parece ser la Comisión, que ya ha presentado cuatro recursos por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia por no adaptación del Derecho interno a la Directiva 2001/40, mencionada en la nota 21 *supra*, contra Luxemburgo (C-448/04; DO 2004, C 314, p. 6), contra Francia (C-450/04; DO 2004, C 314, p. 7), contra Italia (C-462/04, DO 2004, C 6, p. 30) y contra Grecia (C-474/04, DO 2004, C 314, p. 10). En esos procedimientos los Estados miembros demandados tampoco invocaron el artículo 63 CE, párrafo segundo sino que comunicaron que estaban preparando la adaptación a la Directiva. Las sentencias en los asuntos C-448/04 y C-462/04 se dictan hoy; en los otros dos asuntos se han producido sendos desistimientos.

40. Esta interpretación queda corroborada por el hecho de que las competencias normativas que confiere el artículo 63 CE, párrafo primero, puntos 3 y 4 sólo pueden ejercerse por unanimidad.²⁷ Por tanto, los Estados miembros pueden proteger suficientemente sus intereses en el procedimiento legislativo. Por lo demás, si un Estado miembro aprobara en un primer momento un acto jurídico basado en dicha disposición, y luego mantuviera o adoptara normas nacionales contrarias a dicho acto, obraría de manera desleal (*venire contra factum proprium*).²⁸

41. Por tanto, el párrafo segundo no debe entenderse en el sentido de que constituye una limitación de la eficacia jurídica del acto sino, como recalcó en especial el Consejo, un mandato al legislador comunitario para que, al adoptar medidas sobre la base de los puntos 3 y 4, deje a los Estados miembros suficiente margen de maniobra. Este mandato se materializa en las múltiples opciones que ofrece a los Estados miembros la Directiva de que se trata. Tal mandato jurídico-político también impide interpretar, en caso de duda, el Derecho derivado adoptado sobre la base de los puntos 3 y 4 en el sentido de que constituye una armonización exhaustiva.

27 — El ámbito a que se refiere el punto 3, letra b), es el único para el que el Consejo ha acordado la aprobación por mayoría cualificada, mediante la Decisión (unánime) 2004/927/CE, de 22 de diciembre de 2004, por la que determinados ámbitos cubiertos por el título IV de la tercera parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se registrarán por el procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado (DO L 396, p. 45).

28 — Véanse, al respecto, las conclusiones que presenté el 8 de julio de 2004 en el asunto Dragaggi y otros (C-117/03; Rec. 2005 p. I-167), puntos 24 y 25.

42. De ello se deduce que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 63 CE, párrafo segundo, la Directiva es, en principio, un acto jurídico impugnabile.

2. Naturaleza jurídica de las disposiciones impugnadas

43. A pesar de todo, el Consejo duda de que el recurso se dirija contra un acto impugnabile. En efecto, opone al Parlamento que el recurso de éste no se dirige contra normativas comunitarias, sino contra disposiciones de Derecho nacional, cosa que no es admisible. Afirma que el artículo 4, apartados 1, último párrafo, y 6, y el artículo 8 de la Directiva no obligan a los Estados miembros a adoptar normas concretas. Al contrario, sólo se hace una remisión a normas nacionales ya existentes y se permite mantenerlas en vigor. El Tribunal de Justicia, concluye, no puede controlar la compatibilidad de tales normas nacionales con los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario.

44. El Parlamento y la Comisión señalan, por el contrario, que las disposiciones impugnadas forman parte del Derecho comunitario y están sometidas al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia, especialmente por lo que se refiere a su compatibilidad con los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario. Las disposiciones comunitarias que permitan a los Estados miembros adoptar o mantener

medidas contrarias a los Derechos fundamentales son incompatibles con tales derechos fundamentales.

45. En este aspecto comparto la opinión del Parlamento y de la Comisión. La objeción del Consejo no resulta convincente. En sus alegaciones el Consejo olvida que la confirmación comunitaria de determinadas opciones a favor de la adopción o del mantenimiento de disposiciones nacionales ya constituye una norma que, en determinadas circunstancias, puede ser contraria al Derecho comunitario. Por una parte, las opciones limitan potencialmente el alcance del derecho a la reagrupación familiar que confiere la Directiva. Por otra, contienen la declaración constitutiva de que las disposiciones indicadas son compatibles con el Derecho comunitario. Si tal declaración no se impugna oportunamente mediante un recurso de nulidad, la Comunidad pierde la posibilidad de actuar por iniciativa propia contra medidas nacionales que se limiten a hacer uso de las opciones conferidas.²⁹ Por tanto, el correspondiente recurso debe ser, en principio, admisible.

3. Impugnación parcial de la Directiva

46. A lo anterior hay que añadir que un dictamen de la Profesora Langenfeld, aportado por el Gobierno alemán, suscita indirectamente la cuestión de si puede admitirse

como objeto de la demanda la anulación de algunas disposiciones de la Directiva que se solicita en el presente asunto. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la anulación parcial de una Decisión no es admisible cuando las partes impugnadas de un acto no pueden separarse del resto del acto y una anulación completa de éste rebasaría el pedimento de la demanda (*ultra petita*).³⁰ En efecto, la anulación aislada de tales partes inseparables modificaría la esencia de la normativa afectada.³¹ El legislador comunitario es el único competente para llevar a cabo modificaciones de esas características.³²

47. Como señalaron el Consejo y el Gobierno alemán a preguntas del Tribunal de Justicia, aplicando dichos criterios el presente recurso también es inadmisibile. Afirman que, en contra de lo que opina el Parlamento y del criterio expresado por la Comisión en la vista, las disposiciones que aquél impugna no pueden disociarse objetivamente del resto de la Directiva. Para que sea así lo determinante no es que el resto de las disposiciones de la Directiva puedan aplicarse por separado. Antes bien, las disposiciones impugnadas contienen una limitación potencial de la obligación de

29 — Véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2004, Comisión/Grecia, «Ouzo» (C-475/01; Rec. p. I-8923), apartados 15 y ss.

30 — Sentencias de 28 de junio de 1972, Jamet/Comisión (37/71, Rec. p. 483), apartados 10 a 12; de 23 de octubre de 1974, Transocean Marine Paint Association/Comisión (17/74, Rec. p. 1063), apartado 21; de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, «Kali y Salz» (asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375), apartado 256; de 10 de diciembre de 2002, Comisión/Consejo, «Convención sobre Seguridad Nuclear» (C-29/99, Rec. p. I-11221), apartado 45, y de 24 de mayo de 2005, Francia/Parlamento y Consejo, «Ensayos en animales» (C-244/03, Rec. p. I-4021), apartados 12 y 21.

31 — Véase la sentencia «Ensayos en animales», citada en la nota 30 *supra*, apartado 15.

32 — Véase la sentencia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo, «Tabaco», (C-376/98, Rec. p. I-8419), apartado 117.

permitir la reagrupación familiar impuesta por la Directiva a los Estados miembros. Si el Tribunal de Justicia declarara nulos el artículo 4, apartados 1, último párrafo, y 6, y el artículo 8 de la Directiva, el derecho a la reagrupación familiar también se aplicaría, sin limitación especial, a los hijos menores de edad que tuvieran más de 12 o de 15 años y al margen del período de espera. Por consiguiente, en caso de anulación del correspondiente régimen parcial, se alteraría la esencia de la Directiva y el Tribunal de Justicia se inmiscuiría en las competencias del legislador comunitario.

48. En el presente asunto tampoco cabe anular las demás disposiciones de la Directiva, que no sean separables, es decir, toda la Directiva. Esto rebasaría las pretensiones del Parlamento y sería incompatible con los intereses perseguidos mediante la interposición del recurso, ya que, en ese caso, el Derecho comunitario no conferiría ningún derecho a la reagrupación familiar.³³

49. Por consiguiente, el recurso es inadmisibles.

33 — A este respecto no es preciso averiguar si, en el marco de una sentencia prejudicial, el Tribunal de Justicia puede anular las disposiciones impugnadas de manera aislada si resultaran ser contrarias a Derecho. Pero hay muchos motivos para pensar que también en ese procedimiento la nulidad de partes de la Directiva sólo permitiría declarar la nulidad de toda la Directiva.

50. Por tanto analizaré el fondo del asunto únicamente con carácter subsidiario.

B. Fondo del asunto

51. En la demanda el Parlamento afirma que se han vulnerado el derecho a la protección de la familia y el principio de igualdad de trato. Antes hay que comprobar si el procedimiento de adopción de la norma adolece de algún vicio.

1. Procedimiento legislativo en relación con el artículo 4, apartado 6, de la Directiva

52. Debe examinarse el procedimiento legislativo en relación con el artículo 4, apartado 6, de la Directiva. El Parlamento señala que el Consejo no le presentó esta modificación para que manifestara su postura.

53. El Parlamento no fundamenta su recurso en la falta de consulta. Por tanto, se suscita la cuestión de si el Tribunal de Justicia debe examinar de oficio si existe un eventual vicio de procedimiento. En el caso de recursos de

nulidad con arreglo al artículo 33 del Tratado CECA el Tribunal de Justicia ya ha censurado vicios procesales *motu proprio*.³⁴ El Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer interpreta esta jurisprudencia en el sentido de que, en el marco del artículo 230 CE, también pueden examinarse de oficio, al menos, la falta de competencia y la existencia de vicios sustanciales de forma.³⁵ En relación con la competencia de la institución de la que emana el acto, este criterio coincide también con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.³⁶ Los principios de economía procesal y de seguridad jurídica inducen a pensar que los vicios procesales deben tener las mismas consecuencias, al menos cuando el Tribunal de Justicia tiene noticia de ellos mientras tramita un procedimiento de nulidad. Por consiguiente, en el presente asunto hay que examinar si el Parlamento fue debidamente consultado en relación con el artículo 4, apartado 6, de la Directiva.

54. Conforme al artículo 63 CE en relación con el artículo 67 CE, apartado 1, el Consejo decide previa consulta del Parlamento. Se precisa una nueva consulta del Parlamento Europeo siempre que el texto finalmente adoptado difiera sustancialmente, en conjunto, de aquél sobre el que ya se consultó al

Parlamento, a menos que las modificaciones correspondan esencialmente con los deseos formulados por el propio Parlamento.³⁷

55. No se ha podido comprobar que el Parlamento fuera consultado respecto al artículo 4, apartado 6, de la Directiva. El Consejo consultó al Parlamento Europeo por última vez mediante escrito de 23 de mayo de 2002. Según la información disponible, el artículo 4, apartado 6 de la Directiva aparece por primera vez en un documento del Consejo de 25 de febrero de 2003, cuando la presidencia propuso una modificación a raíz de las reservas formuladas por la delegación austriaca.³⁸ Es cierto que el Parlamento no se pronunció por última vez respecto a la Directiva hasta el 9 de abril de 2003.³⁹ Sin embargo, ningún indicio permite pensar que el Consejo informara al Parlamento de la modificación de la propuesta de Directiva y le consultara al respecto. Puesto que el Consejo tampoco contradice al Parlamento sobre este extremo, hay que suponer que el Parlamento no tuvo ocasión de manifestar su parecer respecto al artículo 4, artículo 6, de la Directiva.

34 — Sentencia de 21 de diciembre de 1954, Francia/Alta Autoridad (1/54, Rec. p. 7, especialmente p. 33), y de 10 de mayo de 1960, Alemania/Alta Autoridad (19/58, Rec. p. 471, especialmente, p. 500).

35 — Conclusiones de 28 de abril de 2005, Atzeni y otros (asuntos acumulados C-346/03 y C-529/03), aún no publicadas en la Recopilación, punto 70, y de 16 de diciembre de 2004, Bélgica/Comisión (sentencia de 14 de abril de 2005, C-110/03, Rec. p. I-2801), punto 29.

36 — Sentencia de 13 de julio de 2000, Salzgitter/Comisión (C-210/98 P, Rec. p. I-5843), apartado 56, a favor de la Comisión.

37 — Sentencias de 16 de julio de 1992, Parlamento/Consejo, «transporte de mercancías» (C-65/90, Rec. p. I-4593, apartado 16; de 5 de octubre de 1993, Driefsen y otros (asuntos acumulados C-13/92 a C-16/92, Rec. p. I-4751), apartado 23, y de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo, «organización de mercados del plátano» (C-280/93, Rec. p. I-4973), apartado 38.

38 — Nota de la presidencia, documento del Consejo 6585/03, p. 9, nota 3.

39 — Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta modificada de una Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, de 9 de abril de 2003 (DO 2004 C 64E, pp. 283 y 373). Los motivos se desprenden del informe A5-0086/2003, de 24 de marzo de 2003, del diputado Cerdeira Monterero.

56. El artículo 4, apartado 6, de la Directiva permite a los Estados miembros limitar el derecho de entrada y residencia de los hijos menores de edad que les confería el régimen tal como fue consultado al Parlamento. Sin el artículo 4, apartado 6, los hijos mayores de 15 años dispondrían, en principio, de un derecho a la reagrupación familiar. Por ese motivo, la inserción de dicha disposición modifica sustancialmente la Directiva.

57. La limitación del derecho a la reagrupación familiar que contiene el artículo 4, apartado 6, de la Directiva frustra el deseo expreso del Parlamento de configurar la reagrupación familiar de manera más generosa a como lo hacía el proyecto que le había sido presentado,⁴⁰ en especial permitiendo la entrada y la residencia a todos los hijos menores por igual.⁴¹

58. Por consiguiente, el Parlamento debería haber sido oído de nuevo antes de la adopción de la Directiva. Por tanto, la Directiva y, en particular, el artículo 4, apartado 6, se adoptó violando el procedimiento aplicable.

2. Protección de la familia en la normativa sobre derechos humanos

a) Nivel de protección en la normativa sobre derechos humanos

59. En reiterada jurisprudencia, confirmada por el preámbulo del Acta Única Europea y el artículo 6 UE, apartado 2, el Tribunal de Justicia hace hincapié en que el ordenamiento jurídico comunitario protege, como principios generales del Derecho comunitario, los derechos fundamentales, tal como se desprenden del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «Convenio»), y de la tradición constitucional común a los Estados miembros. Ello incluye la protección de la familia, garantizada en particular, en el artículo 8 del CEDH.⁴²

60. Por lo que aquí interesa, el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales, a la que se refiere expresamente el segundo considerando de la Directiva, es idéntico al artículo 8 del CEDH. Conforme al artículo 52, apartado 3, primera frase, de la Carta (artículo II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) debe tener el mismo sentido y alcance que en dicho Convenio.

61. En materia de protección de la familia, el Tribunal de Justicia se ha guiado, además,

40 — Véanse, en particular, las propuestas de modificación 22 a 25 de la resolución legislativa citada en la nota 39 *supra*.

41 — Véase la propuesta de modificación 26 de la resolución legislativa citada en la nota 39 *supra*.

42 — Sentencias de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279), apartado 41, y de 23 de septiembre de 2003, Akrich (C-109/01, Rec. p. I-9607), apartado 58.

por la interpretación del artículo 8 del CEDH que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»). Sobre esa base el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 8 del CEDH no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado. Sin embargo, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del CEDH. Tal injerencia infringe dicho Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté «prevista por la ley» y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, «en una sociedad democrática, sea necesaria», es decir, que esté «justificada por una necesidad social imperiosa» y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida.⁴³

62. El Tribunal de Justicia ha desarrollado esta jurisprudencia en una serie de asuntos relativos a los derechos de permanencia de miembros de la familia de ciudadanos comunitarios que se habían establecido en otros Estados miembros en ejercicio de sus libertades fundamentales. En los asuntos tratados la coincidencia de un derecho de residencia del ciudadano comunitario conferido por el Derecho comunitario con la protección de la familia, tal como la plasma, en particular, el Derecho comunitario, genera un derecho de residencia que sólo puede restringirse en casos excepcionales y cum-

pliendo requisitos estrictos.⁴⁴ Los Acuerdos de asociación pueden contener otros regímenes especiales.⁴⁵

63. Por el contrario, el Derecho comunitario no confiere un derecho comunitario similar de reagrupación familiar en el caso de familias integradas exclusivamente por ciudadanos de terceros países. Por ese motivo, no pueden aplicarse sin más las manifestaciones del Tribunal de Justicia a las que acabo de referirme, y es preciso recurrir a la jurisprudencia del TEDH. A este respecto es determinante el carácter de *derecho humano* que presenta la protección de familia y que, precisamente cuando se trata de la entrada y de la permanencia en determinado Estado, se distingue de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el sentido de que, normalmente, va a la zaga de éstos.

64. El TEDH ha reconocido el beneficio recíproco de la compañía de los demás miembros de la familia como elemento fundamental de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH. Las medidas estatales que impiden la convivencia, por ejemplo la privación de la custodia,⁴⁶ la

43 — Sentencias Carpenter, apartado 42, y Akrich, apartado 59; ambas citadas en la nota 42.

44 — Véanse las conclusiones que presenté el 10 de marzo de 2005 en el asunto C-503/03 (Comisión/España, todavía pendiente ante el Tribunal), punto 37 y referencias allí contenidas.

45 — Piénsese, sobre todo, en la normativa del EEE.

46 — Sentencia del TEDH de 22 de junio de 1989, Eriksson/Suecia (Series A n° 156), apartado 58.

prohibición de contactos⁴⁷ o la expulsión de miembros de una familia,⁴⁸ constituyen injerencias en dicho derecho humano. Tales injerencias deben estar justificadas con arreglo al artículo 8, apartado 2, del CEDH.

65. Sin embargo, en opinión del TEDH negarse a permitir la reagrupación familiar no es, en principio, una injerencia en el sentido del artículo 8 del CEDH que requiera una justificación. En materia de reagrupación familiar no interpreta el artículo 8 del CEDH como un derecho que resulte afectado, sino como un fundamento jurídico que eventualmente puede servir de base a una pretensión.

66. En concreto, el TEDH rechaza expresamente deducir del artículo 8 del CEDH una obligación *general* de permitir la reagrupación familiar con el único objeto de atender el deseo de las familias de residir en un país determinado. Considera que la reagrupación familiar afecta tanto a la vida familiar como a la inmigración. El alcance de la obligación de un Estado de permitir la entrada de familiares del inmigrante establecido en su territorio depende de las circunstancias particulares de los afectados y del interés general. Conforme a las normas ciertas de Derecho internacional y sin perjuicio a las obligaciones que se deriven de convenios internacionales, los Estados tienen derecho a controlar

la entrada de extranjeros en su territorio. Al hacerlo dispone de una amplia facultad discrecional.⁴⁹

67. Basándose en estos criterios el TEDH ha denegado el derecho a la reagrupación familiar en el Estado de acogida en tres de los cuatro asuntos sobre esta materia en los que se ha pronunciado, por entender, en particular, que la convivencia familiar también era posible en el país de origen.⁵⁰ Esta jurisprudencia ha sido confirmada en sentencias posteriores, que declararon la inadmisibilidad de algunas denuncias.⁵¹

68. No obstante, la sentencia Sen muestra que, en casos concretos, la ponderación que ha de llevarse a cabo también puede justificar el derecho de entrada y residencia de los hijos. En ese asunto el TEDH consideró que existían obstáculos para regresar al Estado de origen. Para ello se basó en el hecho de que, además del hijo que debía reunirse con ellos, el matrimonio Sen tenía otros hijos que

47 — Sentencia del TEDH de 13 de julio de 2000, *Elsholz/Deutschland* (*Recueil des arrêts et décisions 2000-VIII*), apartado 44.

48 — Sentencia del TEDH de 26 de septiembre de 1997, *Mehemi/Francia* (*Recueil des arrêts et décisions 1997-VI*), apartado 27).

49 — Sentencias del TEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali/Reino Unido* (Series A n° 94), apartados 67 y s.); de 19 de febrero de 1996, *Gül/Suiza* (*Recueil des arrêts et décisions 1996-I*), apartado 38; de 28 de noviembre de 1996, *Ahmut/Países Bajos* (*Recueil des arrêts et décisions 1996-VI*), apartados 63 y 67, y de 21 de diciembre de 2001, *Sen/Países Bajos*, apartados 31 y 36.

50 — Sentencias *Abdulaziz*, apartado 68, *Gül*, apartado 39, *Ahmut*, apartado 70 (citadas en la nota 49). Mientras que la sentencia *Abdulaziz* fue unánime, la sentencia *Gül* se dictó con siete votos a favor y dos en contra, y la sentencia *Ahmut* con sólo cinco votos a favor y cuatro en contra.

51 — Véanse, por ejemplo, las decisiones del TEDH de 23 de marzo de 2003, *I.M./Países Bajos*; de 13 de mayo de 2003, *Chandra/Países Bajos*; de 6 de julio de 2004, *Ramos Andrade/Países Bajos*, y de 5 de abril de 2005, *Benamar/Países Bajos*.

habían nacido y crecido en el Estado de acogida y estaban integrados en él.⁵² Otras decisiones sobre la admisibilidad de denuncias dejan abierta la posibilidad de tener en cuenta otras circunstancias que pueden generar un derecho de entrada y residencia de miembros de la familia.⁵³ A este respecto cabría pensar, por ejemplo, en la persecución política⁵⁴ o en necesidades sanitarias de algún miembro de la familia que no pueden atenderse en el Estado de origen.

69. La sentencia Sen muestra, en particular, que el interés de los hijos afectados es el criterio que mejor se presta para fundamentar el derecho a la reagrupación familiar en el Estado de acogida. Esta tendencia también puede encontrarse en la decisión Winata del Comité de Derechos Humanos para la aplicación de los artículos 17, 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵⁵ Lo mismo cabe deducir de los artículos 3, 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

70. En la sentencia Sen el TEDH ya no plantea por separado el problema de la

justificación para denegar la reagrupación familiar. Al contrario, parece considerar que la ponderación que debe llevarse a cabo al apreciar la justificación ya forma parte del fundamento del derecho, caso de que exista tal derecho a la reagrupación familiar.⁵⁶

71. En Derecho comunitario hay que proceder de la misma forma. Aunque, en las sentencias Akrich y Carpenter, el Tribunal de Justicia mencionó expresamente la necesidad de que la denegación de la reagrupación familiar estuviera justificada, ello no es más que la consecuencia lógica de la mayor amplitud de los derechos comunitarios de los ciudadanos de la Unión.⁵⁷ Por el contrario, si, los requisitos para el nacimiento del derecho se configuran de una forma tan estricta como en la jurisprudencia del TEDH, no quedará margen, por lo general, para justificar una injerencia en forma de denegación de la reagrupación. Entonces las consideraciones relevantes forman ya parte del examen de un derecho.⁵⁸ Por tanto, en contra de la opinión del Parlamento, la denegación de entrada y residencia de los miembros de la familia menores de edad no precisa una justificación en el sentido del artículo 8, apartado 2, del CEDH.

52 — Sentencia Sen (citada en la nota 49 *supra*), apartado 40.

53 — Véanse las resoluciones del TEDH sobre la admisibilidad de denuncias, de 19 de octubre de 2004, Tuquabo-Tekle/Países Bajos, y de 14 de septiembre de 2004, Rodrigues da Silva y Hoogkamer/Países Bajos.

54 — Por ello es lógico que el artículo 10, apartado 1, de la Directiva excluya también la aplicación del artículo 4, apartado 1, último párrafo en el caso de refugiados.

55 — Comunicación n.º 930/2000: Australia, de 16 de agosto de 2001, CCPR/C/72/D/930/2000, Párrafos 7.1. a 7.3, (Jurisprudencia), [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/488b0273fa4febfb1256ab7002e5395?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/488b0273fa4febfb1256ab7002e5395?Opendocument).

56 — Véase, sin embargo, el voto particular del juez Martens, apoyado por el juez Rosso, en la sentencia Gül (citada en la nota 49 *supra*), apartados 6 y ss., que, aunque no pone en entredicho la calificación de derecho positivo, lleva a cabo un examen clásico de los motivos de justificación. Véanse asimismo los votos particulares afirmativos de los jueces Thoir, Vilhjalmsson y Bernhardt en la sentencia Abdulaziz (citada en la nota 49 *supra*), que basan su criterio en la existencia de una justificación con arreglo al artículo 8, apartado 2 del CEDH.

57 — Véase el punto 61 *supra*.

58 — Aquí radica la verdadera diferencia entre el voto particular del juez Martens (citado en la nota 56 *supra*) y el TEDH: al afirmar la existencia de un derecho de reunificación familiar Martens es claramente más generoso que el TEDH.

72. Podemos ya *afirmar provisionalmente* que la protección de la familia con arreglo al artículo 8 del CEDH puede generar excepcionalmente, tras ponderar el interés del particular y el interés general, un derecho de reunificación familiar en el Estado de acogida.

73. El artículo 19, apartado 6, de la Carta Social Europea y otras normas de Derecho internacional en materia de protección de la familia tampoco permiten deducir la existencia de *derechos más amplios* a la reunificación familiar en el Estado de acogida.⁵⁹

74. Sin embargo hay muchas razones para pensar que el artículo 19, apartado 6, de la Carta Social Europea establece criterios más generosos que los del CEDH para la reunificación familiar de trabajadores migrantes en el Estado de acogida. Al menos, al ponderar todos los factores no basta con demostrar la posibilidad de la convivencia familiar en el Estado de origen. Al contrario, habría que probar la existencia de elementos objetivos que impidan la reunificación en el Estado de acogida. En el presente asunto

también reviste interés el hecho de que el artículo 19, apartado 6, de la Carta Social en relación con la definición de las personas protegidas que se encuentra en el anexo,⁶⁰ se oponga a la fijación de límites de edad en el caso de entrada y residencia de los hijos menores de edad. Además, en sus resoluciones, el Comité Europeo de Derechos Sociales, que vigila la aplicación de la Carta Social Europea, sólo ha aceptado períodos de espera inferiores a un año y ha considerado improcedentes los períodos de espera de tres años o más.⁶¹ Por último, en recientes sentencias el TEDH ha recurrido a las disposiciones de la Carta Social y a la práctica jurisprudencial del citado Comité de interpretación y aplicación del CEDH, especialmente del artículo 8.⁶²

75. No obstante, el TEDH nunca se ha referido al artículo 19, apartado 6, de la Carta Social, particularmente en relación con su jurisprudencia sobre la reagrupación familiar. Ello es lógico si se tiene en cuenta

59 — Así lo declara respecto a la Carta Social el Bundesverfassungsgericht alemán en, BVerfGE 76, 1 (p. 82 y s.) — Reunificación familiar. Véase la interpretación restrictiva de otras disposiciones de la Carta Social Europea en las sentencias de 15 de junio de 1978, Defrenne III (149/77; Rec. p. 1365), apartados 26 a 29, y de 2 de febrero de 1988, Blaizot (24/86, Rec. p. 379), apartado 17, así como en las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs el 28 de enero de 1999 en el asunto Albany (C-67/96, Rec. 1999, p. I-5751), punto 146, y por el Abogado General Lenz el 15 de junio de 1988 en el asunto Bergemann (236/87, Rec. 1988, p. 5125), punto 28.

60 — Véase el punto 21 *supra*.

61 — Digest of the Case Law of the ECSR, situación correspondiente a marzo de 2005, p. 84, http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Cse/Digest_bil_mars_05.pdf. Véase asimismo conclusions 2004 volume 1, section 89/174, respecto a Estonia y conclusions XVI-1 vol. 2, section 72/257, en relación con los Países Bajos, que se remiten a Conclusions I, p. 216 (section 363/374, relativa a Alemania), todas ellas accesibles a través de <http://hudoc.esc.coe.int/esc/search/default.asp>.

62 — Sentencias del TEDH de 27 de julio de 2004, Sidabras y Dziautas/Lituania, apartado 47, respecto a la prohibición del ejercicio profesional; de 30 de septiembre de 2003, Koua Poirrez/Francia, apartados 39 y 29, relativa a los derechos sociales, y la de 2 de julio de 2002, Wilson, National Union of Journalists y otros/Reino Unido, apartados 40, 32, 33 y 37, respecto a la discriminación de sindicalistas. Por el contrario, hasta el momento el Tribunal de Justicia sólo se ha pronunciado en una ocasión —en sentido desestimatorio— en la sentencia de 17 de febrero de 1998, Grant (C-249/96, Rec. p. I-621), apartados 46 y s., respecto a la práctica decisoria de un órgano de control no jurisdiccional, en ese asunto, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

también lo dispuesto en la parte I, n° 19 de la Carta Social, según la cual las normas sobre la reagrupación familiar únicamente confieren derechos a los nacionales de las Partes Contratantes.⁶³ Por tanto, las resoluciones del Comité basadas en esta disposición no pueden servir de base, generalizándolas, para afirmar la existencia de un principio general del Derecho y de un derecho fundamental a la reagrupación familiar en el caso de familias integradas, como en el presente caso, por ciudadanos de terceros países. Por ese motivo, ni el artículo 19, apartado 6, de la Carta Social, ni la garantía más amplia que ofrece el Derecho comunitario a los ciudadanos comunitarios, pueden generar un derecho a la reunificación familiar más amplio que el que se desprende de la jurisprudencia del TEDH.

76. Los mismos motivos impiden tener en cuenta lo dispuesto en el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante. Este Convenio también establece derechos únicamente en favor de los nacionales de las Partes Contratantes. A diferencia del artículo 19, apartado 6, de la Carta Social, que, al adoptarse la Directiva, había sido aceptado por todos los Estados miembros a la sazón, este Convenio Europeo sólo ha sido

ratificado hasta ahora por una parte de los Estados miembros.

77. Por el contrario, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias parece tener validez universal, pero sólo ha sido ratificado hasta el momento por un único Estado miembro. Por último, el Convenio n° 143 de la OIT sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes, no contiene ninguna disposición coercitiva en materia de reagrupación familiar y se limita a mencionar la posibilidad de que los Estados miembros faciliten la reunión de familias.

78. Por consiguiente, aun teniendo en cuenta la Carta Social Europea y otros convenios internacionales, no puede deducirse ningún derecho de los ciudadanos de terceros países a reunirse con sus familias en el Estado de acogida. No obstante, tanto el Consejo como la Comisión admiten que tal derecho puede reconocerse excepcionalmente, tomando en consideración todas las circunstancias particulares de cada caso concreto. De ello la Comisión deduce acertadamente que el derecho comunitario no puede permitir una limitación sistemática

63 — Quizá éste sea el motivo de que el artículo 3, apartado 4, letra b), de la Directiva aclare que los Estados miembros, en la medida en que sean Partes Contratantes de la Carta Social Europea o de acuerdos bilaterales o multilaterales relativos al estatuto jurídico de los trabajadores migrantes, puedan estar sujetos, frente a los trabajadores migrantes procedentes de otros Estados Parte de dichos acuerdos, a obligaciones en materia de reagrupación familiar más amplias que las que se desprenden únicamente de la Directiva [y del artículo 8 del CEDH].

de la entrada y residencia de los hijos, y debe dejar margen suficiente para tales casos excepcionales.⁶⁴

b) Análisis de las disposiciones impugnadas

79. Por consiguiente, habrá que examinar si las disposiciones impugnadas dejan un margen suficiente para una aplicación conforme con la normativa sobre derechos humanos, cuando la protección de la vida familiar confiera excepcionalmente un derecho de reunificación familiar en el Estado de acogida.

80. En contra de la opinión mantenida en parte por el Parlamento, esta excepción no tiene que estar mencionada expresamente en la correspondiente normativa. En efecto, como reconoce el Parlamento en otros documentos y han declarado las demás partes coadyuvantes, las disposiciones comunitarias son compatibles con los Derechos fundamentales si permiten una interpretación conforme con las exigencias impuestas por el preceptivo respeto de los derechos fundamentales.⁶⁵

81. Naturalmente, esta interpretación conforme también vincula a los Estados miembros cuando adaptan su Derecho interno a las Directivas. Tienen que procurar no basarse en una interpretación de la Directiva

que colisione con los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario o con los demás principios fundamentales del Derecho comunitario.⁶⁶ En el caso de la Directiva que nos ocupa, el legislador comunitario lo ha señalado expresamente en el segundo considerando, al afirmar que había adoptado un acto jurídico que es conforme con la obligación de proteger a la familia reconocida por la normativa en materia de derechos humanos.

82. Por tanto, en contra de las afirmaciones que el Parlamento formula en algunos pasajes, lo determinante en el presente asunto no son los regímenes que posiblemente deseen adoptar los Estados miembros para agotar el margen que les dejan las disposiciones impugnadas, sino qué normas nacionales son válidas ateniéndose a una interpretación de las disposiciones comunitarias conforme con el respeto de los derechos fundamentales.

El artículo 4, apartado 1, último párrafo, de la Directiva

83. El artículo 4, apartado 1, último párrafo, de la Directiva establece que, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado

64 — En su sentencia de 8 de octubre de 2003 en el asunto G 119, 120/03-13, el Verfassungsgerichtshof austriaco mantiene un criterio similar respecto a las exigencias que impone al Derecho austriaco la normativa sobre derechos humanos (http://www.vfgh.gv.at/presse/G119_13_03.pdf, pp. 20 y 21).

65 — Sentencia de 13 de julio de 1989, Wachauf (5/88, Rec. p. 2609), apartado 19.

66 — Sentencia de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist (C-101/01, Rec. p. I-12971), apartado 87. Véase asimismo la sentencia de 26 de abril de 2005, Stichting «Geod Wonen» (C-376/02, Rec. p. I-3445), apartado 32.

miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la Directiva, puede verificar si cumple algún criterio de integración. Esta norma es compatible con la protección de las familias si el criterio de integración permite la reunificación familiar, en la medida en que ésta resulte indicada tras llevar a cabo el análisis exhaustivo de cada caso concreto que exige el TEDH.

84. El Parlamento niega esta compatibilidad, puesto que el concepto del criterio de integración no deja margen para tener en cuenta los intereses de la familia.⁶⁷ Sin embargo, esta opinión es equivocada. Los criterios de integración describen en qué medida el inmigrante está integrado o puede integrarse en el Estado de acogida. Se trata de satisfacer el interés del Estado de acogida en la integración de los inmigrantes en su sociedad, pero también el interés del inmigrante en no vivir aislado. La familia puede desempeñar una función relevante en ambos casos, especialmente cuando en el Estado de acogida ya residen muchos familiares bien integrados.

85. El criterio de integración permite, en particular, tener en cuenta el derecho excepcional a la reunificación familiar. En efecto, los Estados miembros deben concretar el concepto de criterio de integración para

poder aplicarlo. La concreción no puede ser arbitraria y debe guiarse por el contenido y los objetivos del criterio de integración, pero también por las exigencias que se desprenden del respeto de los derechos humanos en el ámbito de la reagrupación familiar.

86. Por lo demás, una configuración suficientemente amplia del criterio de integración también responde al sistema de la Directiva, cuyo objetivo es garantizar que, al adoptar las medidas necesarias, se tenga suficientemente en cuenta los intereses de la familia, especialmente de los hijos. Conforme al artículo 17 de la Directiva, al denegar una solicitud, al retirar el permiso de residencia o denegar su renovación, así como al dictar una decisión de devolver al reagrupante o a un miembro de su familia, los Estados miembros deben tener debidamente en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares del interesado y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen. Además, conforme al artículo 5, apartado 5, de la Directiva, al examinar la solicitud, los Estados miembros deben velar por que se tenga debidamente en cuenta el interés mejor del menor. Por tanto, en caso de duda los conceptos jurídicos de la Directiva deben interpretarse de manera que las normas nacionales de adaptación dejen un margen de maniobra adecuado para poder cumplir lo dispuesto en los citados artículos.

87. La finalidad del artículo 4, apartado 1, último párrafo, de la Directiva no se opone a dicha interpretación. Es cierto que, con

67 — En esta misma línea se mueve la mencionada crítica del Parlamento a la red de expertos en derechos fundamentales creada por la Comisión en su informe anual de 2003. http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/report_eu_2003_en.pdf, p. 55.

arreglo al duodécimo considerando, el criterio de integración pretende reflejar la capacidad de integración de los niños de edad temprana, garantizando que adquieran en el colegio la educación y los conocimientos lingüísticos necesarios. Sin embargo, ello no impide basar en determinados casos el cumplimiento del criterio de integración en otros elementos.

88. En consecuencia, el concepto de criterio de integración también permite tener en cuenta supuestos especiales en los que existe excepcionalmente un derecho de entrada y residencia de hijos de edad superior a 12 años, con objeto de permitir la reunificación familiar. En esos casos, las medidas nacionales de adaptación a la Directiva sólo son compatibles con el Derecho comunitario si también contemplan esa posibilidad.

89. Interpretado de esa forma, el artículo 4, apartado 1, último párrafo, de la Directiva se atiene a los imperativos de la protección de la familia impuestos por la normativa de derechos humanos. Por tanto, este motivo de recurso no permite estimar las pretensiones formuladas por el Parlamento.

El artículo 4, apartado 6, de la Directiva

90. Conforme al artículo 4, apartado 6, de la Directiva, los Estados miembros pueden

exigir excepcionalmente que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva.⁶⁸ Si las solicitudes se presentan después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción deben autorizar la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación.

91. En contra de la opinión del Parlamento, el Consejo entiende que esta norma también puede interpretarse de manera conforme a los derechos fundamentales. Al igual que el artículo 4, apartado 1, último párrafo, de la Directiva, el artículo 4, apartado 6 tiene por objeto que la entrada de los hijos se realice lo antes posible para fomentar la integración de los hijos en el Estado de acogida. El límite de edad se guía por la escolarización, que contribuye a la integración.

92. Además, a juicio del Consejo los hijos mayores de 15 años también pueden vivir con su familia, puesto que, conforme al artículo 4, apartado 6, segunda frase, de la Directiva, los Estados miembros que apliquen esta excepción, deben autorizar la entrada y residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar. El Consejo opina que, conforme al tenor literal de dicha disposición, al decidir sobre

68 — Según informaciones proporcionadas por el Consejo, el Derecho austriaco es el único que ha fijado tal límite de edad.

la entrada y residencia por motivos distintos de la reagrupación familiar, los organismos nacionales carecen absolutamente de margen de maniobra («*marge de manoeuvre*»). Puesto que hay que tener en cuenta todos los demás motivos, concluye el Consejo, es de suponer que autorizarán la mayoría de tales solicitudes.

93. El propio Parlamento reconoce que los «motivos distintos» también incluyen las razones humanitarias. Como señala acertadamente la Comisión, entre estas razones no sólo deben incluirse los supuestos típicos de refugiados de guerra, sino también los derechos a la reagrupación familiar reconocidos por la normativa en materia de derechos humanos. Probablemente en la mayoría de los Estados miembros, si no en todos, existen medidas parecidas para autorizar la estancia. Sin embargo, no están garantizadas por ninguna norma comunitaria. Por ello cabe pensar que algunos Estados miembros no contemplan esa posibilidad en su normativa sobre inmigración, con lo que no disponen de ningún «motivo distinto» para permitir la entrada de hijos mayores de 15 años cuando la exija la normativa en materia de derechos humanos. Quizá también sea éste el motivo por el que el Consejo evite reconocer, a diferencia de la Comisión, la existencia de tal derecho nacional.

94. Sin embargo, también es posible interpretar el artículo 4, apartado 6, de la Directiva de manera conforme con el respeto de los derechos humanos: la segunda frase

puede entenderse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a permitir la entrada de los hijos mayores de 15 años cuando la normativa en materia de derechos humanos exija la reagrupación familiar.

95. Al igual que la interpretación que he propuesto del artículo 4, apartado 1, último párrafo, de la Directiva, esta interpretación del artículo 4, apartado 6, contribuiría a dejar un margen suficiente para la aplicación de los artículos 5, apartado 5 y 17.⁶⁹

96. Por consiguiente, el artículo 4, apartado 6, de la Directiva también puede interpretarse de manera conforme con los derechos humanos. Por tanto, el recurso del Parlamento tampoco puede prosperar si se basa en el motivo analizado.

El artículo 8 de la Directiva

97. El artículo 8, párrafo primero, de la Directiva confiere a los Estados miembros la posibilidad de requerir del reagrupante un período de residencia legal de dos años antes de permitir la reagrupación de su familia. El párrafo segundo les permite incluso establecer un período de espera de tres años

69 — Véase el punto 86 *supra*.

contados a partir de la presentación de la solicitud de reagrupación familiar cuando la legislación en materia de reagrupación familiar vigente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida.

98. El Consejo alega que los períodos de espera son un instrumento habitual de la política de inmigración. Hay que convenir con él en que, en casi todos los casos de reagrupación familiar, los períodos de espera pueden ser conformes a Derecho. Sin embargo, el derecho a la reagrupación familiar en el Estado de acogida a que se refiere la normativa en materia de derechos humanos se caracteriza precisamente porque nace, excepcionalmente, en circunstancias especiales. Tales circunstancias también pueden hacer inhumano prolongar la espera.⁷⁰ Por consiguiente habrá que examinar si el artículo 8 de la Directiva tiene suficientemente en cuenta tales circunstancias.

99. El Parlamento lo niega, mientras que la Comisión, entre otros, ha presentado detalladísimas propuestas de interpretación conforme. Por tanto, habría que comprobar en primer lugar que, a diferencia del régimen sobre límites de edad que acabo de analizar, el régimen relativo a los períodos de espera no contiene indicios que permitan tener en cuenta las exigencias impuestas por la normativa en materia de derechos humanos en relación con la reunificación familiar.

100. No obstante, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados como «podrán» (párrafo primero) y «podrá» (párrafo segundo) permitiría pensar en la posibilidad de interpretar las opciones que ofrece la Directiva de manera conforme con los derechos humanos.

101. Esto plantea la cuestión de si basta con que el Derecho comunitario deje al legislador nacional un margen de maniobra que le permita llevar a cabo de oficio el examen del caso concreto que impone la protección de los derechos humanos o si, por el contrario, el tenor de las correspondientes disposiciones comunitarias debe contener, al menos, una referencia a tal examen. Para ello son determinantes las consideraciones relativas a la respectiva responsabilidad que pesa sobre el legislador comunitario y los parlamentos nacionales en materia de respeto a los derechos humanos y a la claridad jurídica.

102. Interpretadas a la luz del artículo 63 CE, párrafo segundo, uno de los fundamentos de la competencia normativa, que se remite a las obligaciones internacionales mencionadas en el segundo considerando de la Directiva, según el cual dicha Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del CEDH y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como a la luz de los principios generales del Derecho comunitario.

⁷⁰ — Véase la sentencia del Verfassungsgerichtshof austriaco, de 8 de octubre de 2003 (citada en la nota 64), III, n.º 2, letra c.

rio, las palabras «podrán» y «podrá» significarían que los Estados miembros únicamente pueden imponer períodos de espera en los casos de rigor excepcionales que pueden tenerse en cuenta al amparo del artículo 8 del CEDH.

103. Aunque los términos «podrán» y «podrá», puedan interpretarse de esa forma, tal interpretación no parece lógica. En primer lugar, el artículo 8 de la Directiva define el margen de maniobra del legislador nacional poniéndolo en relación con el del legislador comunitario, al regular las excepciones a las normas de derecho derivado relativas a la reagrupación familiar. «Podrán» y «podrá» significan, pues, que, a diferencia del legislador comunitario, los Estados miembros están facultados para imponer períodos de espera de hasta dos años, que pueden prorrogar, en determinados casos, por otros tres años. Si un Estado lleva acabo tal adaptación unidimensional, por así decirlo, sin tener en cuenta las obligaciones que le imponen las normas en materia de derechos humanos, los regímenes nacionales sobre períodos de espera también se adoptarían sin recurrir a la posibilidad que ofrece la jurisprudencia del TEDH de tener en cuenta los casos de rigor. La administración nacional tendría que aplicar las normas así adoptadas. Éstas tampoco dejarían margen para aplicar los artículos 5, apartado 5, y 17 de la Directiva. La violación de los derechos fundamentales y de los derechos humanos en los correspondientes casos de rigor únicamente podría evitarse por la vía de la tutela judicial, en su caso previo planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de

Justicia. De todos modos, una interpretación del artículo 8 de la Directiva conforme con el respeto de los derechos humanos trasladaría el problema a otra instancia.

104. La referencia a los derechos humanos que realiza el segundo considerando de la Directiva fomenta incluso este despropósito de la adaptación unidimensional. En lugar de recordar a los Estados miembros sus obligaciones en materia de derechos humanos y derechos fundamentales, dicho considerando afirma que la Directiva, tal como está formulada, respeta los derechos humanos y los derechos fundamentales. Si los Estados miembros confían en esta valoración del legislador comunitario, ya no tienen motivo para formular consideraciones sobre el respeto de los derechos humanos que no están amparadas por el tenor de la Directiva.

105. Por tanto, tal como está formulado, el artículo 8 de la Directiva es, como poco, confuso. Este carácter, derivado del hecho de no tener en cuenta los casos de rigor, aumenta el riesgo de violaciones de los derechos humanos. Tales violaciones no sólo serían imputables al legislador nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva, sino también al legislador comunitario. Por tanto, los imperativos derivados de una protección efectiva de los derechos humanos y de la claridad jurídica harían el artículo 8 de la Directiva incompatible con el Derecho comunitario.

3. Igualdad de trato

106. El Parlamento alega que las distinciones entre hijos menores y mayores de cierta edad y entre hijos y cónyuges, así como las diferencias que permite la Directiva en la adaptación del Derecho interno infringen el principio de igualdad de trato.

107. Al margen del artículo 14 del CEDH, que invoca el Parlamento, el Tribunal de Justicia ha desarrollado un principio general del Derecho comunitario de igualdad de trato, también denominado en la jurisprudencia principio general de igualdad, principio de igualdad de trato o prohibición de discriminación. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente.⁷¹ Las diferencias deben ser proporcionadas en relación con el objetivo perseguido.⁷²

71 — Sentencias de 20 de septiembre de 1988, España/Consejo (203/86, Rec. p. 4563), apartado 25; de 17 de julio de 1997, Schiffahrt y Stapf, (asuntos acumulados C-248/95 y C-249/95, Rec. p. I-4475), apartado 50; de 13 de abril de 2000, Karlsson y otros (C-292/97, Rec. p. I-2737), apartado 39; de 12 de marzo de 2002, Omega Air y otros (asuntos acumulados C-27/00 y C-122/00, Rec. p. I-2569), apartado 79; de 9 de septiembre de 2003, Milk Marque y Nacional Farmers' Union (C-137/00, Rec. p. I-7975), apartado 126; de 9 de septiembre de 2004, España/Comisión (C-304/01, Rec. p. I-7655), apartado 31, y de 14 de diciembre de 2004, Swedish Match (C-210/03, Rec. p. I-11893), apartado 70.

72 — Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 23 de marzo de 1994, Huet (T-8/93, Rec. p. II-103), apartado 45; de 2 de marzo de 2004, Di Marzio/Comisión (T-14/03, Rec. p. Rec. FP p. I-A-43 y p. II-167), apartado 83, y de 15 de febrero de 2005, Pyres (T-256/01, Rec. FP p. I-A-23 y p. II-9), apartado 61. Sobre la «discriminación positiva», véanse asimismo las sentencias de 6 de julio de 2000, Abrahamsson y Anderson (C-407/98, Rec. p. I-5539), apartado 55, y de 30 de septiembre de 2004, Briheche (C-319/03, Rec. p. I-8807), apartado 31.

108. El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión prohíbe expresamente determinadas clases de discriminación, en particular la ejercida por razón de edad. Si bien la Carta de los Derechos Fundamentales no tiene una fuerza vinculante comparable a la del Derecho primario,⁷³ al menos proporciona, como fuente de conocimiento jurídico, indicios sobre los derechos fundamentales que garantiza el ordenamiento jurídico comunitario.⁷⁴ A ello se añade, en el caso de la Directiva que nos ocupa, que, conforme a su segundo considerando, ésta respeta los derechos fundamentales tal como fueron reconocidos, en particular, por la Carta. En su quinto considerando también se insta expresamente a los Estados miembros a aplicar la Directiva sin ningún tipo de discriminación por razón de la edad. Por consiguiente, la prohibición de discriminación por razón de la edad reviste especial importancia al aplicar el principio de igualdad a la Directiva.

109. Sin embargo, no toda distinción por razón de la edad constituye una discriminación prohibida. La insistencia en la protec-

73 — Así lo indicó el Tribunal de Primera Instancia en sus sentencias de 28 de octubre de 2004, Lutz Herrera/Comisión (asuntos acumulados T-219/02 y T-337/02, Rec. p. Rec. FP p. I-A-319 y p. II-1407), apartado 88, y Pyres (citada en la nota 72 *supra*), apartado 66, respecto al tratamiento de los límites de edad, aunque sin analizar las exigencias que impone a los límites de edad el principio general de igualdad de trato.

74 — En ese sentido véanse las conclusiones presentadas por el Abogado General Tizzano el 8 de febrero de 2001 en el asunto BECTU (sentencia de 26 de junio de 2001, C-173/99, Rec. p. I-4781), las presentadas por el Abogado General Léger el 10 de julio de 2001 en el asunto Consejo/Hautala (sentencia de 6 de diciembre de 2001, C-353/99 P, Rec. p. I-9565), puntos 82 y 83; las presentadas por el Abogado General Mischo el 20 de septiembre de 2001 en los asuntos Booker Aquaculture e Hydro Seafood (sentencia de 10 de julio de 2003, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, Rec. p. I-7411), punto 126; las presentadas, por el Abogado General Poiras Maduro el 29 de junio de 2004 en el asunto Nardone (sentencia de 13 de enero de 2005, C-181/03 P, Rec. p. I-199), punto 51, así como las que presenté el 14 de octubre de 2004 en el asunto Berlusconi y otros (sentencia de 3 de mayo de 2005, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565), nota 83, y el 27 de enero de 2005 en el asunto Housieux (sentencia de 21 de abril de 2005, C-186/04, Rec. p. I-3299), nota 11.

ción de la infancia muestra que la edad puede ser una característica objetiva de situaciones distintas, que no pueden tratarse de la misma forma. Por tanto, los límites de edad también pueden ser conformes a Derecho.⁷⁵

a) Hijos mayores de 12 años

110. En relación con el artículo 4, apartado 1, último párrafo, de la Directiva hay que señalar, en primer lugar, que esta disposición no distingue en general entre hijos mayores y menores de cierta edad, sino que ofrece la posibilidad de someter a los hijos mayores de 12 años a requisitos adicionales, en concreto, al cumplimiento del criterio de integración *cuando lleguen independientemente del resto de su familia*. No se trata, por tanto, de un límite de edad puro, sino de una distinción configurada de otra manera, en la que la edad es uno entre varios criterios de distinción que deben reunirse para poder aplicar la norma.

111. El deseo de las familias de que se permita la inmigración posterior y por separado de hijos mayores de 12 años, se debe, por lo general, a una decisión libre. No están obligadas a exponer a su hijo a la

aplicación del criterio de integración. El hijo puede entrar en el Estado de acogida en una edad temprana o junto con uno de los progenitores o con otro hijo.

112. La diferencia de trato entre hijos mayores de 12 años que llegan solos y otros hijos puede estar justificada por motivos objetivos. Conforme a la última frase del duodécimo considerando de la Directiva, la finalidad del artículo 4, apartado 1, último párrafo, consiste en permitir la entrada de los niños en las edades más tempranas para mejorar sus posibilidades de integración. Esto obedece al interés legítimo de los Estados miembros de integrar a los inmigrantes de la mejor manera posible. El margen de apreciación de que dispone el legislador comunitario le permite considerar que los niños más pequeños pueden integrarse más fácilmente.

113. La distinción también es proporcionada. El medio elegido es apto para alcanzar el fin perseguido, puesto que, en materia de reagrupación familiar, discrimina a las familias que prefieren que sus hijos crezcan en el Estado de origen haciéndolos venir más tarde al Estado de acogida. No es fácil descubrir un medio menos riguroso. Este régimen tampoco es desproporcionado en relación con los objetivos que persigue, sobre todo si se tienen en cuenta las posibilidades de que disponen las familias para hacer venir a los hijos sin exponerlos al criterio de integración.

75 — El Tribunal de Justicia ha llegado incluso a invocar la inexistencia de un límite de edad —prevista, sin embargo en el Estatuto de lo Funcionarios como regla general— para anular un concurso: sentencia de 22 de marzo de 1972, *Costacurta/Comisión*, (78/71, Rec. p. 163), apartados 9 y ss.

114. Si existieran excepcionalmente circunstancias especiales que impidieran la entrada del hijo en un momento anterior o junto con otros miembros de la familia, deberían ser tenidas en cuenta al interpretar, configurar y aplicar el criterio de integración. De no ser así situaciones no comparables quedarían sometidas a los mismos requisitos sin justificación objetiva.

115. Por tanto, interpretado de esta forma, el artículo 4, apartado 1, último párrafo de la Directiva es compatible con el principio de igualdad.

b) Hijos mayores de 15 años

116. El límite de edad al que se refiere el artículo 4, apartado 6, de la Directiva, tiene una naturaleza distinta al límite de edad del artículo 4, apartado 1, último párrafo. Se aplica a *toda* entrada de hijos que hayan cumplido los 15 años de edad antes de que se presente la solicitud de reagrupación. Por tanto, también afecta a familias que no habían podido decidir conscientemente la reagrupación con el hijo antes de que éste alcanzara el límite de edad, es decir, a familias que no podían reagruparse hasta ese momento.

117. La tesis de la Comisión de que también en ese caso las familias podían evitar esta amenaza presentando a su debido tiempo la solicitud resulta poco convincente. La Directiva somete la solicitud de reagrupación de familiares a distintos requisitos. Así, conforme al artículo 3, apartado 1, el reagrupante debe ser titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período superior o igual a un año y tener una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente. Conforme al artículo 7, tiene que disponer de una vivienda suficientemente grande, de un seguro de enfermedad que cubra a todos los miembros de su familia y de ingresos fijos y regulares. Si no se cumplen estos requisitos, se puede denegar la solicitud. Por ese motivo, las familias no pueden, por regla general, determinar libremente el momento en que quieren hacer venir a los hijos de que se trate. En definitiva, se trata de un límite de edad no relativizado por criterios adicionales.

118. No obstante, el interés del Estado miembro en la integración también puede justificar en dichos supuestos la diferencia de trato resultante del límite de edad. El legislador puede suponer que la integración de esos adolescentes será probablemente mucho más difícil que la de los hijos más jóvenes.

119. A ello hay que añadir que, tras la reagrupación familiar, esos adolescentes sólo residirán poco tiempo como menores de edad en el domicilio de sus padres, pero podrán adquirir de esa manera un derecho de residencia sin tener que cumplir los

requisitos que se exigen a los adultos. Aunque la entrada se produjera inmediatamente después de la solicitud, si la mayoría de edad se alcanza a los 18 años sólo serían menores de edad tres años. Sin embargo, la Directiva permite que la tramitación del expediente dure nueve meses, que incluso pueden prorrogarse en casos excepcionales. Por tanto puede suceder que, en el momento de entrada, los adolescentes sean casi mayores de edad. Por consiguiente, no puede excluirse que una estancia mínima como miembros de la familia permita a los adolescentes adquirir un permiso propio de residencia, bien porque el Estado miembro no da por concluido el derecho de residencia al alcanzar la mayoría de edad con arreglo al artículo 16, apartado 1, letra a), de la Directiva, bien porque la jurisprudencia del TEDH relativa a la separación de las familias que conviven en el Estado de acogida se opone a la extinción de la residencia legítima.⁷⁶

121. No obstante, en la medida en que las circunstancias particulares del caso concreto aconsejen la inmigración de los hijos en aras de la reagrupación familiar, se aplica la normativa de derechos humanos que reconoce el derecho de inmigración.⁷⁷

122. Por ello, la distinción contenida en el artículo 4, apartado 6, de la Directiva, interpretada de manera conforme con los derechos humanos, está justificada por motivos objetivos.

120. En este contexto, ha de considerarse que el límite de edad constituye un criterio de distinción adecuado y necesario. Si se tiene en cuenta que, por lo general, después de los 15 años, los hijos dependen menos de los padres que los hijos menores de esa edad, no cabe duda de que dicha limitación guarda proporción con los objetivos que persigue.

c) Distinción entre cónyuges e hijos

123. El Parlamento también censura que, mientras que los hijos mayores de 12 años deben cumplir el criterio de integración, este requisito no se exige de los cónyuges. Añade que, por regla general, los hijos menores de edad están más necesitados de protección de

⁷⁶ — El TEDH declara en jurisprudencia reiterada, que puede constituir una ingerencia en el derecho al respecto de la vida privada el hecho de expulsar a una persona de un Estado en el que residen sus familiares más próximos. Véanse las sentencias del TEDH de 16 de diciembre de 2004, Radovanovic/Austria (apartado 30); de 2 de agosto de 2001, Boulif/Suiza (Recueil des arrêts et décisions 2001-IX, apartado 39) y de 18 de febrero de 1991, Moustaquim/Bélgica, (Series A n° 193, S. 18, apartado 36).

⁷⁷ — Véase el punto 94 *supra*.

los cónyuges adultos. A ello responde el Consejo que la normativa tiene por objeto aprovechar la mejor capacidad de integración de los niños de corta edad.

124. Sin embargo, el legislador comunitario podía pensar que la situación de los cónyuges no es comparable a la de los hijos. Por ejemplo, el matrimonio se contrae con intención de vivir toda la vida bajo el mismo techo. Por tanto, la distinción entre cónyuges e hijos no viola el principio de igualdad.

d) Objeciones a la configuración de las opciones

125. Por último, el Parlamento considera que el hecho de ofrecer varias opciones a Estados miembros viola el principio de igualdad. Los regímenes optativos con sus respectivas fechas límites para agotar esas alternativas pueden dar lugar a tratar de manera distinta en cada Estado miembro casos similares.

126. Sin embargo, el Parlamento olvida que la Comunidad no está obligada a armonizar

completamente el derecho de reagrupación familiar. Al contrario, debe dejar a los Estados miembros cierto margen de maniobra dentro de cuyos límites éstos puedan actuar. A este respecto, el artículo 63, párrafo segundo, del Tratado contiene incluso un mandato jurídico-político.⁷⁸ La consecuencia forzosa de ofrecer este margen de maniobra es que las normativas de los distintos Estados miembros no sean idénticas, lo cual no puede constituir una violación del principio de igualdad.⁷⁹

C. Resumen

127. En resumen cabe afirmar que procede declarar la inadmisibilidad del recurso porque no es posible impugnar aisladamente la normativa recurrida por el Parlamento. Si, no obstante, el Tribunal de Justicia examinara el fondo del asunto, debería anular el artículo 4, apartado 6, de la Directiva por falta de consulta al Parlamento, y el artículo 8 de la Directiva por violación del derecho a la protección de la vida familiar.

⁷⁸ — Véase el punto 41 *supra*.

⁷⁹ — En este sentido, véase la sentencia de 11 de diciembre de 2003, *Hässle* (C-127/00, Rec. p. I-14781), apartados 35 y ss.

V. Costas

Puesto que debe declararse la inadmisibilidad del recurso, procede condenar al Parlamento a cargar con las costas del Consejo, además de las propias.

128. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

129. Conforme al artículo 69, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento, la Comisión y la República Federal de Alemania cargarán con las costas que les hubiera ocasionado la participación en el procedimiento como coadyuvantes.

VI. Conclusión

130. Por todo ello propongo al Tribunal de Justicia que se pronuncie en los siguientes términos:

- «1) Se declara la inadmisibilidad del recurso.

- 2) Se condena al Parlamento Europeo al pago de sus propias costas y las del Consejo de la Unión Europea.

- 3) La República Federal de Alemania y la Comisión de las Comunidades Europeas cargarán con sus propias costas.»