

LUCÍA APARICIO CHOFRE
(Universidad de Valencia)

La aplicación de la directiva comunitaria sobre el derecho a la reagrupación familiar, cinco años después

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es llevar a cabo un análisis sobre la evolución y los resultados en estos últimos años de la política comunitaria en materia de inmigración.

La inmigración se ha convertido en una de las materias imprescindibles dentro de las agendas políticas, tanto de la Unión Europea en general, cuanto de la mayoría de sus Estados miembros en particular. No obstante, su tratamiento político y legislativo no siempre ha estado exento de contradicciones. Y, precisamente en estos momentos, en los que la mayor parte de Estados comunitarios se enfrentan a una coyuntura económica complicada, la inmigración y su tratamiento está siendo una de las cuestiones que más tensiones sociales está generando.

Del *Pacto Europeo por la Inmigración y el Asilo*, ratificado en el Consejo Europeo de octubre de 2008, se ha pasado a la expulsión de trabajadores comunitarios que prestaban sus servicios en países como el Reino Unido; o a la aprobación de iniciativas legislativas en materia de extranjería en las que se introducen normas de dudosa congruencia con el respeto de los derechos humanos, como es el caso de España, Italia o Francia, en las que se proponen sanciones para quienes asistan a extranjeros que carezcan de los permisos administrativos pertinentes o se pretende elaborar estadísticas o censos en función de la etnia o raza.

Todo ello, mientras los estudios demográficos del Eurostat apuntan la importancia que el fenómeno de la inmigración ha tenido para el rejuvenecimiento de la población europea y el recambio generacional en el continente más envejecido del planeta.

En este contexto, el estudio de la adopción y la aplicación de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar, puede constituir un ejemplo paradigmático para determinar las líneas estratégicas que marcarán en los próximos años la política de inmigración en la Unión Europea y sus Estados miembros.

Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 57, pp. 143-162

La Directiva sobre reagrupación familiar fue una de las primeras decisiones que adoptó la Unión Europea, el 22 de septiembre de 2003, tras la *comunitarización* de esta competencia en el Tratado de Ámsterdam, y que formaba parte de un plan más ambicioso de medidas para regular las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el territorio de la Unión, que en los últimos años ha sido objeto de una profunda reformulación.

La elección de esta Directiva como referencia de este análisis obedece a dos razones: por una parte, a su tortuosa elaboración y aprobación, que supuso no únicamente una modificación en su contenido, sino incluso la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte del Parlamento Europeo, por considerar que éste no se adecuaba a los principios del Derecho comunitario. Y, por otra parte, al hecho de haberse publicado recientemente un informe de la Comisión –estipulado por el articulado de la propia Directiva, aunque aparecido con un año de retraso–, en el que se realiza un análisis muy crítico de su proceso de transposición, revelando serios problemas en su aplicación y aportando una serie de recomendaciones para lograr un desarrollo razonable de sus previsiones.

Finalmente, conviene recordar, tal y como subraya la Comisión en este informe, la trascendencia fundamental de la reagrupación familiar en materia de inmigración, al haberse convertido en una de las principales vías de entrada legal de extranjeros en la mayoría de países de la Unión Europea y por su importantísimo papel a la hora de conseguir que el principio de integración del inmigrante sea una realidad en los países de acogida.

2. LA NUEVA POLÍTICA COMUNITARIA EN MATERIA DE INMIGRACIÓN: LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Con anterioridad al Tratado de Ámsterdam ya se habían adoptado algunas resoluciones con el propósito de ir armonizando las distintas legislaciones de los Estados miembros en materia inmigración y reagrupación familiar.¹ Pero la política comunitaria en materia de reagrupación familiar, en sentido estricto, no comienza

¹ La primera de éstas fue la Resolución sobre la armonización de las políticas nacionales en materia de reunificación familiar, aprobada en Copenhague el 1 de junio de 1993. Resolución VN 282/1/93 WGI 1497 Rev.1. Esta Resolución insta a facilitar la reagrupación familiar de los nacionales de países terceros «asentados regularmente en el territorio de un Estado miembro, sobre la base de una perspectiva de residencia permanente a largo plazo». Este último punto fue criticado por no determinarse este elemento esencial y dejarse a la discrecionalidad de las legislaciones nacionales. Rosa Moliner Navarro: «El concepto de “familia nuclear” en la directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar», *Revista Aequalitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre hombres y Mujeres* n° 15 (2004), pp. 6-18. Después en 1997 se adoptó una Resolución sobre la lucha contra los matrimonios de conveniencia, adoptada por el Consejo de Justicia e Interior el 4 y 5 de diciembre de 1997. Resolución del Consejo 97/C382/01, de 4 de diciembre de 1997 (DOCE C n° 382, de 16 de diciembre de 1997).

hasta la adopción del Tratado de Ámsterdam² y la introducción en su articulado de un nuevo título denominado «Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas»,³ que se dirige a unificar las legislaciones estatales en esta materia.⁴

En el marco genérico del establecimiento de un «espacio de libertad, seguridad y justicia común» el Tratado de Ámsterdam consideró esencial la adopción de medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, junto a una serie de medidas de acompañamiento relativas a la inmigración.⁵ Entre estas últimas, el art. 63.3 del Tratado⁶ previó un plazo de cinco años para que se elaborara una reglamentación sobre las condiciones de entrada y de residencia, así como normas relativas a los procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados y de permisos de residencia de larga duración,⁷ incluidos los destinados a la reagrupación familiar.⁸

² Aunque con anterioridad podemos encontrar otros antecedentes a nivel comunitario, como la Resolución de 11 de junio de 1993 sobre la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar (Documento SN 282/1/93 WGI 1497 REV

³ Art. 63.3 TCE, Título IV.

⁴ En 1995 la Comisión presentó otra propuesta en la que se regulaban las normas de admisión de los ciudadanos de terceros países en los Estados miembros. COM (97) 387, DOCE C 337 de 7 de noviembre de 1997, p. 9. En dicha propuesta se recogían diversas cuestiones relacionadas con la reagrupación familiar. En el capítulo VII, aunque no se proponía introducir muchas novedades, se puede destacar que se admite la reagrupación de familiares distintos del cónyuge y de los hijos (art. 26. 3) y se facilita la adquisición de un estatuto autónomo de los reagrupados en los casos de viudedad, divorcio, separación, muerte de los padre y mayoría de edad (art. 30). La única novedad que revestía una mayor trascendencia es que se ocupa de la situación de los familiares de ciudadanos europeos que no ejercitan su derecho a la libre circulación.

⁵ Sin embargo, a todo el Título IV se le puede aplicar una importante limitación, a saber, una cláusula general de salvaguardia (art. 64.1 TCE) por la que los Estados quedan legitimados para inaplicar cualquier norma de este título amparándose en el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior. Esta cláusula no puede someterse al control del Tribunal de Justicia (art. 68.2 TCE), por lo que ha sido definida como una auténtica «carta blanca para los Estados». Antonio Quirós Fons: «Derecho Comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español», *Anales de Derecho Universidad de Murcia* n° 21 (2003), pp. 383-415 y José Martín y Pérez de Nanclares: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, p. 102.

⁶ La definición de una Política Común de Inmigración ha recibido un fuerte impulso –que en ocasiones, como después se verá, ha sido determinante para la adopción de algunas decisiones– en los sucesivos Consejos Europeos, partiendo del de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre, en el que esta quedó configurada por tres ejes aglutinantes: codesarrollo, gestión de flujos migratorios y trato justo y derechos comparables para los residentes legales. Posteriormente en Laeken, Sevilla, Salónica y Bruselas se acentúa la necesidad de avanzar con rapidez en el desarrollo de esta política. Vid. Antonio Quirós Fons: «Derecho Comunitario de extranjería...», cit.

⁷ Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. DOCE L 16 de 23/01/2004, pp. 44-53

⁸ Atendiendo a dicho imperativo legal, la Comisión no tardó en presentar, el 1 de diciembre de 1999, una «Propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar. COM (99) 638, DOCE C 116 de 26 de abril de 2000. Gisbert Brinkmann; «Family Reunion, Third Country

En el desarrollo de la política comunitaria de inmigración, la lucha contra la inmigración ilegal se ha convertido en una de las principales preocupaciones, de ahí la gran cantidad de normativas y reglamentos adoptados sobre los extranjeros y, en particular, sobre el régimen de la reagrupación familiar.

Esta profusión de Directivas y Reglamentos, que se han sucedido con celeridad en la última década, aborda aspectos muy pormenorizados de la inmigración en el seno de la Unión Europea (visados, expulsiones, trabajo, permisos de residencia, reagrupación familiar...), lo que dificulta enormemente la posibilidad de identificar con claridad una política comunitaria global en materia de inmigración. Aún así, puede establecerse una clasificación básica de estos instrumentos legislativos partiendo de una doble distinción: aquéllos que se refieren a la lucha contra la inmigración ilegal y aquéllos que se dirigen a regular los derechos de los extranjeros residentes en la Unión Europea.

En el grupo de las dedicados a la lucha contra la inmigración ilegal se podrían destacar las siguientes decisiones:

- El Reglamento n° 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado.
- El Reglamento n° 574/1999 del Consejo, de 12 de marzo de 1999, por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros.
- El Reglamento n° 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación,
- La Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de marzo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.
- La Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.
- El Reglamento n° 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, (modificado por el Reglamento 380/2008, de 18 de abril de 2008) por el que se establece un modelo uniforme de permisos de residencia para nacionales de terceros países.
- La Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.
- La Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.

Nationals and the Community's New Powers», en Elspeth Guild y Carol Harlow (eds.): *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights, EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 241 ss.

- El Reglamento nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (*Código Schengen*).
- Y la recientemente adoptada, no sin polémica, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

En el segundo grupo (en el que se regulan derechos específicos de los extranjeros residentes en la Unión Europea) destacan las siguientes:

- La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
- La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, relativa al derecho a la reagrupación familiar.
- La 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.
- La 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.
- La Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.
- La Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.
- La Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

En este contexto, y como se podrá comprobar, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, relativa al derecho a la reagrupación familiar fue una de las primeras decisiones que se adoptaron con el fin de favorecer la inmigración legal dentro del territorio de la Unión Europea. Pero la importancia de esta norma va más allá de la mera regulación de mecanismos que permitan la entrada y estancia regular de nacionales de terceros países en la Unión Europea. Su importancia reside en el establecimiento de un nuevo derecho a

escala europea: el de reagrupar con el extranjero residente a los miembros de su familia en el país de acogida.⁹

La consecuencia inmediata de este reconocimiento es que los Estados miembros deben incluir este derecho en su legislación y autorizar la entrada y residencia de extranjeros en su territorio siempre que cumplan los requisitos establecidos en la Directiva, pudiéndola negar únicamente en los supuestos en ella contemplados y siempre de manera justificada.

Tal y como a continuación explicaremos, el carácter abierto y ambiguo de muchas de las disposiciones de la Directiva, en las que se deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros, ha favorecido una transposición desigual de esta norma, lo que implica como resultado que, de momento, la armonización de la reagrupación familiar en la Unión Europea sea una armonización de mínimos.

3. LA TORTUOSA TRAMITACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

El *iter* legislativo de la Directiva europea sobre reagrupación familiar fue en su día bastante complejo,¹⁰ toda vez que se fueron sucediendo diversos proyectos hasta alcanzar un texto final que distó mucho del originario y esperanzador proyecto inicial. Solo tras más de cinco años de gestación, el 22 de septiembre de 2003, se aprobó la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar.

En efecto, los sucesivos proyectos de Directiva fueron mermando su contenido hasta convertirla en un texto de mínimos que algunos han calificado

⁹ En la propuesta originaria, el artículo primero configuraba la reagrupación familiar como un derecho fundamentado en la exigencia de proteger a la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, y en el derecho al respeto de la vida familiar consagrado por el Derecho internacional, en particular por el Convenio Europeo para la protección de los derechos y las libertades fundamentales. Pero en la actual Directiva, aunque se mantiene su configuración como derecho, sólo se alude de forma indirecta a esta noción en los considerandos, configurando la reagrupación familiar como un derecho instrumental de otro fundamental. Con ello se debilita en cierto modo su naturaleza y su exigencia y garantía, derivadas de su inserción en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Vid. Antonio Quirós Fons: *La familia del extranjero: regímenes de reagrupación e integración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 103-105.

¹⁰ Tan complejo que hasta en la misma Directiva se encuentra sin actualizar la enumeración de los distintos documentos institucionales elaborados con motivo de su proceso de adopción. Se omite la tercera versión de la propuesta de la Comisión y no se cita el último dictamen del CES. A este respecto se ha señalado que en este procedimiento se podría haber violado el procedimiento de consulta del art. 67 TCE, por el que el Parlamento Europeo debe dictaminar sobre los textos propuestos en el terreno del asilo y la inmigración antes de que sean adoptados, al no habersele sometido a consulta la cuarta versión de la propuesta de Directiva y finalmente adoptada. Antonio Quirós Fons: «Derecho Comunitario de extranjería...»; cit., p. 400.

como de «*soft law*»,¹¹ donde prima una visión restrictiva, propia de los Estados más conservadores de la Unión. Además, como viene siendo habitual en estos casos, el documento no es de aplicación obligatoria en el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.¹²

La nueva Directiva europea nació para garantizar un trato justo y una integración efectiva de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea, para lo cual reconoce y garantiza a estas personas un derecho a la reagrupación familiar inspirado en las disposiciones del Derecho comunitario en vigor para los ciudadanos europeos que ejercen su derecho a la libre circulación.¹³

Fue en 1999 cuando la Comisión Europea presentó la primera propuesta al respecto,¹⁴ que fue modificada por el Parlamento en el año 2000.¹⁵ Acogiendo algunos aspectos del dictamen del Parlamento, la Comisión presentó una nueva propuesta modificada de Directiva sobre reagrupación familiar ese mismo año.¹⁶

Las negociaciones en el Consejo, durante sus sesiones de mayo de 2000, mayo de 2001 y septiembre de 2001, resultaron bastante complicadas impidiendo que se llegara a un acuerdo.¹⁷ Por ello, y con ocasión del Consejo Europeo de Laeken en el año 2002, la Comisión¹⁸ presentó una nueva propuesta de Directiva con la que se intentaban salvar las diferencias que se habían hecho latentes durante la fase de las negociaciones,¹⁹ en base a la cual –si bien modificándola

¹¹ Naturaleza debida a un procedimiento de carácter eminentemente intergubernamental, de Derecho internacional, puesto que se exige unanimidad en el seno del Consejo y el Parlamento Europeo sólo emite un dictamen consultivo (*Ibid.*, pp. 383-415).

¹² *Vid.* Considerandos 17 y 18 de la Directiva.

¹³ Considerando cuarto y sexto de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar.

¹⁴ Propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea COM (1999) 638 final 1.12.1999.

¹⁵ DOCE C 116 E de 26 de abril de 2000, p. 66 y DOCE C 62 E de 27 de febrero de 2001, p. 99.

¹⁶ Presentada el 10 de octubre de 2000

¹⁷ Rosa Moliner Navarro: «El concepto de “familia nuclear” en la directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar»; cit., pp. 6-17.

¹⁸ Esta propuesta se adopta tras el Consejo Europeo de Laeken COM (2002) 225 final 2.5.2002. En esta nueva propuesta, y con la finalidad de salir del inmovilismo reinante hasta el momento y que había impedido la aprobación de la Directiva, se parte de la premisa de que para armonizar las legislaciones nacionales en materia de reagrupación familiar de los ciudadanos de terceros países serán necesarias varias etapas. Así, con la nueva propuesta se pretende únicamente diseñar la primera de estas etapas, en la que prima la flexibilidad. Se deja a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para la definición de los aspectos más críticos y controvertidos, y se limita esta flexibilidad mediante la introducción de cláusulas *stand-still* (que establecen que no se pueden introducir condiciones más restrictivas que las ya existentes en un Estado miembro en la fecha de su adopción) y una cláusula de revisión temporal.

¹⁹ El 17 de julio de 2002 el Consejo Económico y Social emite un dictamen sobre la misma, DOCE C 241 de 7 octubre de 2002.

sustancialmente—, el Consejo adoptó un acuerdo político en febrero de 2003,²⁰ que constituye una cuarta versión de este texto.

El Parlamento Europeo con fecha 9 de abril de 2003,²¹ se opuso a la mayoría de modificaciones introducidas por considerar que suponían una considerable restricción de su ámbito de aplicación.²² Finalmente la Directiva fue aprobada en junio de 2003,²³ tras el Consejo Europeo de Salónica.

Pero los problemas y dificultades de esta Directiva no finalizaron con su aprobación. El 22 de diciembre de 2003, el Parlamento Europeo al amparo del art. 230 del Tratado de la Comunidad Europea, interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea contra el Consejo de la Unión Europea, con la finalidad de obtener la anulación de ciertas disposiciones de la Directiva sobre Reagrupación familiar.²⁴ El recurso se sustentó en dos dictámenes favorables de organismos del propio Parlamento Europeo: el de la Comisión Parlamentaria de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, de fecha 21 de octubre 2003, y el de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado de fecha 2 diciembre 2003, y tuvo por objeto defender en el ordenamiento jurídico comunitario los derechos fundamentales de los hijos menores de edad.

El Parlamento consideró que, junto a reglas válidas para ejercer el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados, la Directiva contenía disposiciones discriminatorias y restrictivas del derecho a la vida familiar de los menores, que deberían ser anuladas por incongruentes con los principios

²⁰ Acuerdo político del Consejo, Sesión nº 2489, 27 y 28 de febrero de 2003, *Boletín UE*, I,2- 2003, punto I.4.16.

²¹ El Consejo también solicitó un dictamen al Comité de las Regiones, *DOCE C 73* de 26 de marzo de 2003

²² Entre las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo se hace referencia a que la reagrupación familiar no se limite al cónyuge, sino que se extienda también a la pareja de hecho, con independencia del sexo, si en el Estado miembro existe un trato equivalente para este tipo de parejas; extender los beneficios de los refugiados a las personas que necesitan protección internacional o que han solicitado protección temporal y están a la espera que se resuelva su solicitud; que se permita la reagrupación de los padres del reagrupante si no tienen en su país de origen ningún otro tipo de apoyo familiar; y posibilitar la reagrupación de los hijos mayores de edad siempre que dependan del reagrupante por motivos de salud. También se propone suprimir las cláusulas que permitían examinar el grado de integración de los menores de más de doce años; el establecimiento de un periodo de espera de tres años en los países en los que rigiera un sistema de cupos; reducir de dos a un año el periodo de residencia previa exigido al reagrupante, en los casos de viudedad, divorcio, separación o defunción, en estos casos se concederá un permiso de residencia autónomo cuando estas personas hayan residido al menos un año; y reducir el tiempo de tramitación pasando de nueve a seis meses.

²³ Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003. *DOUE L251*, 3.10.2003

²⁴ *Vid. DOUE, C 47*, 21 de febrero de 2004, pp. 21-22. Este recurso fue promovido a instancias de la «Coordination européenne pour le droit des étrangers à vivre en famille y del Groupe d'Information et soutien des travailleurs immigrés», lo que evidencia la influencia creciente de las organizaciones no gubernamentales en las relaciones internacionales y, en particular, en la toma de decisiones de las instituciones europeas .

fundamentales del Derecho comunitario expresados en el art. 6.2 del Tratado de la UE.²⁵ La objeción afectaba en concreto a:

- La exigencia de una prueba de integración al hijo del reagrupante, mayor de doce años, que llegue independientemente de su familia (art. 4.1);
- La exigencia de depositar las solicitudes de reagrupación de los hijos menores antes de que éstos hayan cumplido quince años (art. 4.6);
- La exigencia al reagrupante de un periodo de residencia no superior a dos años en el país de acogida para reagrupar a los miembros de su familia (art. 8);
- La posibilidad de establecer un periodo de espera (no superior a tres años), entre la solicitud de reagrupación y la concesión del permiso de residencia a los familiares, cuando el Estado limite su capacidad de acogida (art. 8).²⁶

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del 27 de junio de 2006,²⁷ acordó desestimar este recurso interpuesto por el Parlamento Europeo al considerar que las disposiciones de la Directiva no vulneraban el acervo comunitario. En su sentencia, el TJCE pareció mostrarse comprensivo y decidió salvar el texto frente a las dificultades que plantearía una eventual anulación de la Directiva a la vista de las enormes dificultades que conllevó la consecución del consenso para su aprobación. Para ello, el Tribunal llevó a cabo una lectura bastante positiva y optimista de las restricciones establecidas al derecho y los márgenes de discrecionalidad concedidos a los Estados, depositando un alto grado de confianza en la capacidad de los legisladores y las administraciones nacionales responsables de su transposición y aplicación para establecer un adecuado equilibrio entre los intereses colectivos y los individuales.²⁸

El TJCE sostuvo en su resolución que era posible realizar una lectura de las disposiciones impugnadas conforme con el respeto de los derechos fundamentales, evitando que constituyeran infracciones de la normativa internacional protectora de Derechos humanos. Para ello, los Estados miembros que decidieran aplicar el régimen más restrictivo previsto en esas disposiciones, estarían obligados a

²⁵ M^a del Mar Velázquez Sánchez: «¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003», *Revista General de Derecho Europeo* n° 12 (2007).

²⁶ José Manuel Cortés Martín: «TJCE-Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540/03-Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 26 (2007), pp. 221 y 222.

²⁷ Sentencia C- 540/03 Parlamento Europeo/Consejo, de 27 de junio de 2006. Una sentencia que reviste además cierta importancia al ser la primera vez que el Alto Tribunal Comunitario utiliza en su argumentación varias disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales. Vid. José Manuel Cortés Martín: «TJCE-Sentencia de 27.06.2006...», cit., p. 226.

²⁸ José Manuel Cortés Martín: «TJCE-Sentencia de 27.06.2006...», cit., p. 228.

preservar totalmente los derechos que esta normativa reconoce a las personas interesadas, permitiendo la entrada y residencia de los sujetos en cuestión cuando, en supuestos particulares, el resultado de la ponderación arrojará un balance positivo al otorgamiento de este derecho.²⁹

Así pues, el TJCE transfirió la cuestión del control de la conformidad de la Directiva con los derechos fundamentales, al nivel nacional. Esto puede plantear un problema de seguridad jurídica, a pesar de la reserva que éste realiza de la cuestión prejudicial como red de seguridad para pronunciarse *a posteriori* sobre los desarrollos normativos que se produzcan en la transposición de la Directiva y su aplicación a casos concretos.³⁰

A pesar de las limitaciones de esta sentencia, hay que resaltar el reconocimiento que en ella se realiza (aunque sea de manera colateral) del respeto a la vida familiar como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico comunitario.³¹ El TJCE se apoyó en varias disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales para sustentar su argumentación³² y para delimitar posteriormente la naturaleza jurídica de este derecho fundamental.

El Tribunal aclaró el distinto alcance que posee este derecho en la normativa internacional protectora de los Derechos humanos y en la Directiva comunitaria. En el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en la Convención sobre los Derechos del Niño no se confiere a los miembros de una familia un derecho subjetivo a ser admitidos en el territorio de un Estado, sino a lo sumo unas garantías y criterios que los Estados partes deben ponderar al examinar las solicitudes de reagrupamiento familiar. La Directiva Europea, por el contrario, sí impone a los Estados miembros una serie de obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos, puesto que en determinados supuestos les obliga a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia, sin que puedan ejercer su facultad discrecional.³³

Aunque se trate de un reconocimiento parcial y con limitaciones, considerar la reagrupación familiar como derecho fundamental supone un avance decisivo en su protección y ejercicio.³⁴

²⁹ José Manuel Cortés Martín: «TJCE-Sentencia de 27.06.2006...», cit., p. 230.

³⁰ José Manuel Cortés Martín: «TJCE-Sentencia de 27.06.2006...», cit., p. 231.

³¹ José Manuel Cortés Martín: «TJCE-Sentencia de 27.06.2006...», cit., p. 227

³² *Ibidem*.

³³ José Manuel Cortés Martín: «TJCE-Sentencia de 27.06.2006...», cit., p.228.

³⁴ No obstante, todavía queda pendiente en el nivel comunitario que la protección y defensa de los derechos fundamentales se convierta en una cuestión prioritaria y no de segundo orden, subordinada a razones económicas, políticas o sociales. Vid. Encarnación La Spina: «La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* n° 14 (2006), on-line en www.uv.es/CEFD/14/laespina.pdf

4. LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA DIRECTIVA

Esta Directiva, a pesar de su carácter más bien restrictivo³⁵ y un tanto ambiguo, marcó un hito importante en la materia, como primer instrumento jurídico unificado de la Unión Europea en materia de inmigración legal y como avance esencial en el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar a nivel europeo. Las ideas principales que determinaron el texto pueden reducirse a dos: máxima limitación del número de familiares reagrupables y máxima discrecionalidad de los Estados en la regulación de la figura, lo que podría provocar discriminaciones y efectos disuasorios para el ejercicio de este derecho en algunos de los países de la Unión Europea.³⁶ No obstante, aunque el texto final distó mucho de la idea original plasmada en los proyectos que le precedieron (hoy prevalece el endurecimiento de las políticas de inmigración), en algunos países europeos su aprobación y posterior transposición ha conllevado la modificación de muchas de sus disposiciones en esta materia, claramente lesivas para la protección del derecho fundamental a la vida familiar de los extranjeros.

Otro de los elementos novedosos que cabe resaltar de esta Directiva, referido a su aspecto formal y procedimental, es el establecimiento de un método de armonización denominado «por etapas». Se trata de acercar, paso a paso, las legislaciones y las prácticas nacionales manteniendo en esta progresión y como idea predominante la flexibilidad.³⁷ Este nuevo modelo se plasma en la metodología técnico-jurídica empleada por la Directiva que consiste, por un lado, en el establecimiento de cláusulas de excepción, de cláusulas de mantenimiento del *statu quo*,³⁸ y de cláusulas de emplazamiento.³⁹

³⁵ Consciente de estas limitaciones en su propio articulado a través de las mencionadas cláusulas de escape contempla la posibilidad de aplicar otras disposiciones que sean más favorables (art. 3.4 y 3.5). Aunque carece de una cláusula *stand still* de alcance general en virtud de la cual se establezca que los Estados miembros no podrán utilizar el contenido de la Directiva y el amplio margen de maniobra que este reconoce para disminuir el nivel de protección garantizado en dicho Estado en el momento de su entrada en vigor. Vid. M^a del Mar Velázquez Sánchez: «La reagrupación familiar en la Unión Europea...», cit., p. 31.

³⁶ Esta situación no debe impedir que nos planteemos cual hubiera sido el resultado en caso de lograrse una total armonización, ya que seguramente ésta hubiera tenido una consecuencia todavía más negativa porque se habría optado por la tendencia más restrictiva dada la percepción y la relevancia del fenómeno en muchos países Europeos. M^a Pilar Canedo Arrillaga: «Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea», en Alfonso L. Calvo Caravaca y Esperanza Castellanos Ruiz (coords.): *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, p. 222.

³⁷ M. Vargas: «La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario», en Alfonso L. Calvo Caravaca y Esperanza Castellanos Ruiz (coords.): *El derecho de familia ante el siglo XXI...*, cit., p. 824.

³⁸ *Stand still clause*.

³⁹ *Deadline clause* en inglés, *Clause de rendez-vous* en francés y *Fristenklausel* en alemán.

- Las *cláusulas de excepción* son las que autorizan a los Estados miembros a escapar de aquellas disposiciones a las que no pueden consentir, fundamentalmente por impedirlo sus leyes nacionales.⁴⁰
- Las *cláusulas de mantenimiento del statu quo* son las que tienen por objetivo evitar que los Estados miembros utilicen las excepciones establecidas por la Directiva si no estuvieran previstas «por su legislación vigente en la fecha de aplicación de la presente Directiva»,⁴¹ fijando así un límite a la utilización de la Directiva para revisar en sentido restrictivo las legislaciones nacionales, lo que no impide a los Estados miembros modificar anticipadamente sus normas internas.⁴²
- Sobre las *cláusulas de emplazamiento*, mediante las cuales se postergan las negociaciones difíciles durante dos años, el art. 19 de la Directiva estableció el 3 de octubre de 2007 como fecha límite en que la Comisión informaría al Parlamento y al Consejo sobre su aplicación proponiendo, en su caso, las modificaciones necesarias.⁴³ Transcurrido este plazo se volverían a examinar las legislaciones nacionales en materia de admisión a efectos de reagrupación familiar, lo que constituiría el inicio de la segunda etapa en este proceso de armonización. Un informe que solo se hizo público en octubre de 2008, con más de un año de retraso.

Con todo, son varias las instancias europeas que han mostrado su disconformidad con el texto por sus limitaciones al ejercicio del derecho a la

⁴⁰ Como por ejemplo en el caso del art. 4.3 relativo a la reagrupación de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada (*Ibid.*, p. 825).

⁴¹ Esta cláusula ha sido objeto de diversas críticas, en relación con lo que debe entenderse por fecha de aplicación, pudiendo ser objeto de una doble interpretación: por una parte se podría entender que ésta hace referencia a la entrada en vigor de la misma; y por otra, que ésta se refiere a la fecha de transposición en los sistemas internos –caso en el que el margen de maniobra de los Estados miembros para modificar y endurecer su legislación sería más amplio. Véase en este sentido el Dictamen del CES de 17 de julio de 2002, apd. 2.1., DOCE C 241 de 7 de octubre de 2002 y Isabel E. Lázaro González: «La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar», *Migraciones* n° 12 (2002), pp. 43-79.

⁴² Este tipo de cláusulas se contienen en el art. 4. I en el que se establece que cuando el hijo menor tenga más de doce años y llegue de forma independiente, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y residencia, podrá verificar si cumple un criterio de integración «previsto por su legislación existente en la fecha de aplicación de la presente Directiva». Por su parte en el art. 4.6 establece que excepcionalmente los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los quince años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva.

⁴³ Estas propuestas de modificación se referirán prioritariamente a los arts. 3 (ámbito de aplicación), 4 (miembros de la familia), 7 (condiciones exigibles al reagrupante), 8 (tiempo mínimo de residencia para solicitar la reagrupación) y 13 (visado de entrada y permiso de residencia del miembro o miembros de la familia).

reagrupación familiar. Entre ellas destaca la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ⁴⁴ que ha manifestado su rechazo a la Directiva considerando que no establece una definición común de unidad familiar, ⁴⁵ ni reconoce el derecho a todas las personas que se benefician de una protección subsidiaria, ⁴⁶ ni propone reglas armonizadas en relación con las condiciones, los procedimientos y los plazos para la obtención de la condición de residente y de los derechos derivados de la misma. También considera que las disposiciones derogatorias de la Directiva, que conceden a los Estados la posibilidad de imponer limitaciones financieras y de alojamiento, criterios de integración o edad mínima para solicitar la reagrupación familiar, pueden constituir una amenaza para el respeto de la vida familiar y los derechos de los menores. ⁴⁷

5. LUCES Y SOMBRAS EN SUS CINCO PRIMEROS AÑOS DE APLICACIÓN (2003-2008)

El plazo para la transposición de la Directiva finalizó el 30 de octubre de 2005. La Comisión Europea envió su comunicación de 2006 ⁴⁸ sobre la

⁴⁴ «Movilidad humana y derecho a la reagrupación familiar», Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc. 10123 de 1 de abril de 2004.

⁴⁵ La noción de familia que subyace en la reagrupación familiar, tal y como aparece recogida en la Directiva, carece de una definición uniforme a nivel europeo y varía según el valor y la importancia que se le otorga al principio de dependencia.

⁴⁶ La Recomendación 1327 (1997) del Parlamento al Consejo de Europa relativa a la protección y reforzamiento de los derechos humanos de los refugiados y demandantes de asilo en Europa incluye en su noción de familia a los familiares que forman parte de la misma *de facto* (familia natural), como por ejemplo la pareja de hecho o los hijos naturales del demandante de asilo, o incluso las personas mayores de edad o incapacitados que dependen del mismo.

⁴⁷ En este sentido, la Asamblea envió una recomendación al Consejo de Ministros abogando por el establecimiento de una interpretación amplia de la noción de familia en la que se incluya la familia natural, las parejas de hechos, incluidas aquellas del mismo sexo, los hijos naturales, los menores en los casos en los que la custodia es compartida, los hijos mayores de edad y los ascendientes que estén a su cargo. También se proponía que se extendiera la reagrupación familiar a las personas que se benefician de una protección subsidiaria; el establecimiento de la necesidad de motivación en toda desestimación de reagrupación familiar y el establecimiento de recursos contra la misma ante una instancia independiente. Que se establecieran condiciones menos rígidas a los solicitantes por lo que concierne a los medios económicos, seguro médico y vivienda. Que se facilitaran los procedimientos administrativos, haciéndolos más simples y transparentes y la armonización a nivel europeo los plazos de espera limitándolos a un plazo máximo de doce meses. La concesión a los miembros de la familia reagrupados de un estatus jurídico que les permita integrarse plenamente en la sociedad de acogida y favoreciendo la expedición de un permiso de residencia independiente al cónyuge, a la pareja de hecho o al hijo que alcance la mayoría de edad con la finalidad de protegerlos en caso de expulsión, divorcio, separación o defunción del reagrupante. La autorización a los familiares reagrupados residentes legales para el ejercicio de una actividad asalariada o independiente a partir de la expedición del permiso de residencia y el desarrollo de programas especiales para la integración de las familias reagrupadas.

⁴⁸ SEC (2007) 897 de 3 de julio de 2007.

implementación del Programa de la Haya al Consejo y al Parlamento Europeo, en la que se detalla la evolución del proceso de transposición de los instrumentos legales adoptados en los ámbitos de justicia, libertad y seguridad. En relación con la aplicación de la Directiva 2003/86, señaló que la República Checa, Grecia, España, Italia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Austria, Polonia, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia, Suecia y el Reino Unido habían adoptado medidas de transposición de la misma en sus ordenamientos jurídicos y se las habían comunicado. En cambio Bélgica, Alemania, Estonia y Francia habían cumplido parcialmente esta obligación, y Luxemburgo y Malta todavía no habían cumplido este requisito.

El 18 de octubre de 2008 la Comisión Europea emitió un informe dirigido al Parlamento relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la Reagrupación Familiar.⁴⁹ La emisión de este informe es fruto de la obligación contenida en el art. 19 de la propia Directiva, en el que se establece que periódicamente, y por primera vez no más tarde de octubre de 2007, la Comisión debería emitir un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la misma, proponiendo las modificaciones que considerara pertinentes. Ese informe vio la luz un año después de lo establecido, tomando como base dos estudios elaborados por la propia Comisión⁵⁰ y otros análisis externos.⁵¹

Uno de estos análisis externos utilizados para su elaboración⁵² señalaba que la Directiva había logrado una mayor armonización de las legislaciones nacionales en materia de reagrupación familiar, reduciendo las diferencias entre legislaciones, al menos en cuatro modos:

- En primer lugar al introducir unos estándares mínimos en un amplio número de cuestiones. Muchos Estados por primera vez disponen de un conjunto de reglas claras y detalladas sobre el derecho a la reagrupación familiar. Además estos estándares mínimos de la Directiva actúan como barreras o argumentos contra el intento de adoptar medidas políticas más extremas.
- En segundo lugar las cláusulas *standstill* de la Directiva (art. 4.1 en relación con los hijos de más de doce años, el art. 4.6 respecto a los hijos que

⁴⁹ COM (2008) 610 final de 8 de octubre de 2008.

⁵⁰ Unos estudios elaborados por la Red Odisseus (2007) y por la Red Europea de Migración (2008).

⁵¹ Entre otros destacan un estudio realizado por el Centro de Legislación sobre Inmigración (Nimega 2007) y otro solicitado por el Parlamento Europeo en marzo de 2008 a C. Adam y A. Devillard de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). También han sido relevantes en la elaboración del presente informe, el primer documento publicado en junio de 2007 por la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE sobre homofobia y discriminación por razones de orientación sexual, en el que se realiza una alusión a los problemas específicos relativos a la reagrupación familiar.

⁵² Kees Groenendijk, Roel Fernhout, Dominique van Dam, Ricky van Oers y Tineke Strik: *The Family Reunification Directive in Eu Member States. The First Year of Implementation*, Centre for Migration Law Nijmegen / Wolf Legal Publishers, Nimega, 2007, pp. 59-71.

tengan entre quince y dieciocho años y art. 8.2 establecimiento de un periodo de espera en función de la capacidad de acogida del Estado) no podrán ser utilizadas por un Estado miembro, en el caso de que estas normas no estén vigentes en sus legislaciones a la entrada en vigor de la Directiva el 3 de octubre de 2007. Estas cláusulas *standstill* imposibilitan que otros Estado miembros introduzcan medidas más restrictivas en sus respectivas legislaciones en estos aspectos.

- En tercer lugar, las disposiciones que permiten a los Estados formular excepciones específicas han servido de ejemplo a los legisladores de numerosos países.
- En último lugar, la ausencia de un cláusula *standstill* general ha permitido que algunos Estados miembros reduzcan a un nivel mínimo o incluso más bajo todavía los estándares nacionales exigidos por la Directiva como en Bélgica, Países Bajos, Francia y Alemania.

En general, el primer y segundo mecanismo han conseguido una armonización de las legislaciones nacionales a un nivel más alto que antes. El tercero y cuarto mecanismo, aunque sí han contribuido a reducir diferencias entre los Estados miembros, también han provocado una disminución en los derechos garantizados en los Estados, si se compara con las normativas anteriores. Este último sería, por ejemplo, el caso de Francia y los Países Bajos.

En definitiva, el estudio señala como logro principal de la Directiva la adopción de normas vinculantes en el ámbito del derecho a la reagrupación familiar; y como su principal debilidad, la adopción de una noción restrictiva de familia, el amplio margen de apreciación atribuido a los Estados miembros y la aproximación de mínimos de esta regulación.

En cuanto al estado de transposición de la Directiva, el informe de la Comisión señala que, una vez finalizado su plazo, el 3 de octubre de 2005, se incoaron procedimientos de infracción contra diecinueve Estados miembros debido a la falta de comunicación de sus medidas de transposición a la Comisión. Posteriormente y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, la Comisión envió diez dictámenes motivados.

Tras la emisión de estos dictámenes, respecto a la aplicación de la Directiva en cuatro Estados –Luxemburgo,⁵³ Malta,⁵⁴ Italia⁵⁵ y Alemania⁵⁶– se acordó interponer el correspondiente recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al entender que habían incumplido las obligaciones que les incumbían, al no adoptar las medidas legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva o, en todo caso, al no haber notificado

⁵³ El recurso contra Luxemburgo fue interpuesto el 7 de febrero de 2007. Asunto C-57/07.

⁵⁴ El recurso contra Malta fue interpuesto el 15 de febrero de 2007. Asunto C-87/07. *DOUE* de 14 de abril de 2007.

⁵⁵ El recurso contra Italia fue interpuesto el 19 de febrero de 2007. Asunto C-91/07. *DOUE* de 14 de abril de 2007.

⁵⁶ El recurso contra Alemania fue interpuesto el 3 de abril de 2007. Asunto C-192/07. *DOUE* de 26 de mayo de 2007

tales disposiciones a la Comisión. En tres de estos supuestos las denuncias fueron retiradas y sólo en el caso de Luxemburgo se dictó sentencia,⁵⁷ tomando como base para la evaluación el proyecto legislativo. Actualmente este es el único país que se encuentra en proceso de transposición.

El informe también señala que España no ha incluido todavía una referencia explícita y formal (cláusula de armonización) en su legislación nacional. No obstante, a pesar que se trata de una de las obligaciones inherentes a la aplicación de toda Directiva, la Comisión no ha acordado iniciar ningún procedimiento de infracción en este caso. Cabe señalar al respecto que la inclusión de esta cláusula tampoco se contempla en la reforma de la Ley de Extranjería aprobada por el Congreso de los Diputados: la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de noviembre.

Finalmente, el informe de la Comisión concluye destacando la existencia de problemas transversales de transposición o de aplicación incorrecta de la Directiva, en cuestiones como la expedición de visados, la concesión de permisos de residencia autónomos, la toma en consideración del mejor interés del menor, los recursos legales, y disposiciones más favorables para la reagrupación familiar de los refugiados.

Entre los problemas en la aplicación de la Directiva que la Comisión señala como más relevantes se cuentan los siguientes:

- En relación con los requisitos que se establecen para que el reagrupante puede ejercer su derecho a la reagrupación familiar —en concreto al periodo mínimo de residencia establecido con carácter previo—, aunque la Directiva establece que los titulares de la reagrupación familiar serán los titulares de un permiso de residencia por un período de validez superior o igual a un año y que tengan perspectivas fundadas de obtener un derecho a la residencia permanente, en Chipre se establece la regla general de residencia máxima de cuatro años tras la cual los permisos se renuevan y por lo tanto parece excluirse a los nacionales de terceros países del derecho a solicitar la reagrupación familiar.
- En relación con los miembros de la familia que pueden acogerse a la reagrupación familiar, también Chipre en relación con el cónyuge añade un criterio suplementario no contemplado en la propia directiva como es que el matrimonio debe haberse celebrado como mínimo un año antes de la presentación de la solicitud, exigencia que la Comisión considera cuestionable.
- En cuanto a los requisitos exigidos para el ejercicio de la reagrupación familiar en relación con el alojamiento (contenidos en el art. 7.1 a) de la Directiva), Austria y Bélgica exigen en su legislación que este requisito se cumpla antes de la entrada de los miembros de la familia, algo que la Comisión considera cuestionable ya que puede suponer una considerable carga financiera para el reagrupante. Polonia, por su parte, exige también a

⁵⁷ C- 57/ 07, Sentencia de 6 de diciembre de 2007, Comisión/ Luxemburgo.

los refugiados que presenten pruebas relativas al alojamiento, lo que contraviene lo establecido en el art. 12 de la Directiva.

- En cuanto al requisito establecido en el art. 7.1 b) de la Directiva de contar con un seguro de enfermedad, la legislación húngara utiliza un sistema alternativo que establece un seguro sanitario o bien recursos financieros suficientes, lo que según la Comisión puede ser cuestionable al poder ser considerado como una condición adicional.

- En cuanto al requisito de acreditar unos recursos fijos y regulares, establecido en el art. 7.1 c) de la Directiva, la Comisión considera que la regulación en tres Estados plantea preocupaciones especiales: en Estonia el importe requerido casi se duplica por cada miembro adicional de la familia, y en Finlandia el incremento es de 450 € por cada hijo reagrupado. En los Países Bajos una disposición específica que exige en general el mayor nivel de ingresos, puede constituir una discriminación por razones de edad.⁵⁸

- En relación con el establecimiento de medidas de integración, posibilidad establecida en el art. 7.2 de la Directiva y adoptada en algunos países como Países Bajos, Alemania o Francia, la Comisión considera que su admisibilidad dependerá de si responden a facilitar la integración y si respetan el principio de proporcionalidad, ya que éstas pueden cuestionarse sobre la base de la accesibilidad a tales cursos o exámenes, en función de cómo estén concebidos u organizados (material de examen, tasas, lugar de celebración, etc.) y de si tales medidas o su impacto responden a fines distintos de la integración. En todo caso debe respetarse la garantía del derecho a recurrir legalmente.

- En cuanto a las restricciones por razones de orden público, seguridad pública o salud públicas contenidas en el art. 6 de la Directiva, un total de tres Estados –Estonia, Eslovenia y Rumania– no han cumplido los requisitos contenidos en los arts. 14 y 17 de la Directiva a la hora de establecer el contenido de estas restricciones.

- En cuanto a las normas de procedimiento, respecto al lugar de presentación de la solicitud de reagrupación familiar, a pesar de que el art. 5.3 de la Directiva requiere que el miembro de la familia tiene que residir fuera del Estado miembro en el momento de la solicitud, en cinco Estados – la República Checa, Finlandia, Hungría, Polonia y Portugal– se obstaculiza la aplicación de esta disposición al no contemplar ni siquiera este requisito en su legislación.

- En cuanto a los documentos acreditativos que deben presentarse regulado en el art. 5.3 de la Directiva en el caso de los refugiados tanto Estonia como los Países Bajos no cumplen lo establecido en la Directiva al establecer

⁵⁸ En caso de constitución de una familia, cuando la relación familiar haya surgido después de la entrada del reagrupante, se exige a cada reagrupante el 120% del salario mínimo legal de un trabajador, con independencia de su edad. Además, se requiere también un contrato de empleo de una duración mínima de un año o un contrato de tres años, lo que a juicio de la Comisión puede obstaculizar el derecho a la reagrupación familiar de los más jóvenes.

respectivamente, que la falta de un documento oficial puede dar lugar a una denegación, y al hacer recaer sobre el refugiado la carga de la prueba de que le resulta imposible presentar dicho documento.

- En cuanto a los controles establecidos en el art. 16.4 de la Directiva para los matrimonios, relaciones de pareja o de convivencia, la legislación de Austria resulta problemática, ya que establece una sospecha con carácter general que se traduce en la aplicación sistemática de esta disposición en los matrimonios en los que uno de los cónyuges sea nacional de un tercer Estado. Lo mismo ocurre en los Países Bajos en donde cuando uno de los cónyuges no tenga la nacionalidad holandesa, antes de contraer matrimonio o de registrar la relación de pareja, el registro debe solicitar previamente una declaración del jefe de la policía.

- En relación con la duración del procedimiento establecida en el art. 5.4 de la Directiva, la Comisión señala que la situación es problemática en Bulgaria en el que su legislación recomienda un plazo de sólo siete días y en España en el que no existe plazo legal, aunque la práctica muestra que se respeta el previsto en la Directiva de un máximo de nueve meses.

- Por lo que se refiere a la aplicación de las cláusulas obligatorias horizontales, la primera de ellas –la de velar por el interés mejor del menor, establecida en el art. 5.5 de la Directiva– no se menciona expresamente en la legislación de cinco Estados (Austria, Grecia, Portugal, Lituania y Países Bajos); y la aplicación de la segunda –relativa a las circunstancias pertinentes contenida en el art. 17 de la Directiva– podría ser problemática en Austria, Luxemburgo y Eslovaquia.

- En relación con los derechos derivados del ejercicio de la reagrupación familiar, en algunos países plantea problemas la expedición de visados establecida en el art. 13.1 de la Directiva. En Bélgica, Bulgaria, Luxemburgo, Países Bajos y Eslovenia no se ha incorporado esta disposición específica en su legislación nacional, y en los Países Bajos tienen además normas adicionales no previstas en la Directiva que dificultan su obtención.

- En cuanto al derecho a la obtención por el reagrupado de un permiso de residencia autónomo tras cinco años de residencia, previsto en el art. 15 de la Directiva, en tres países – Hungría, Finlandia y Rumanía –, su aplicación restrictiva puede ocasionar problemas. En el caso de ruptura de los vínculos familiares en ocho estados – Bulgaria, Estonia, Finlandia, Hungría, Italia, Rumanía, Polonia y Eslovenia – no se contiene disposición alguna o se aplican disposiciones que conceden a las autoridades nacionales un margen de discrecionalidad inadmisibles en cuanto a la concesión de un permiso de residencia autónomo.

- En relación con el acceso a la educación y al empleo de los familiares reagrupados contenida, en el art. 14 de la Directiva, en tres países (Alemania, Hungría y Eslovenia) es problemática la exclusión completa del empleo de ciertas categorías de miembros de la familia durante el primer año siguiente a la admisión.

- En cuanto a la reagrupación familiar de los refugiados, en dos Estados miembros Chipre y Malta no se han introducido las disposiciones más favorables contenidas en la Directiva.

Tras hacer constar estas deficiencias en la aplicación de la Directiva, la Comisión señaló en su informe que examinará todos los casos en los que se han dado problemas de aplicación y se asegurará de que las disposiciones se apliquen correctamente, de conformidad con el respeto a los derechos fundamentales, en particular con aquellos relativos al respeto de la vida familiar, los derechos del niño y el derecho a soluciones efectivas.

Esto se traducirá en la puesta en marcha durante el año 2009 de los mecanismos necesarios para resolver los casos de no aplicación, en particular en aquellos supuestos en los que existan claras diferencias de interpretación del Derecho comunitario entre los Estados miembros y la Comisión.

Un problema importante en su aplicación se deriva del escaso carácter vinculante de la Directiva, que deja a los Estados miembros un amplio margen de apreciación que les permite, mediante la aplicación de las *disposiciones opcionales*, una restricción poco razonable (incluso excesiva) en el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. Prueba de ello son el establecimiento de un posible período de espera, la fijación de una edad mínima del reagrupante, la exigencia de unos ingresos mínimos y el establecimiento de posibles medidas de integración.

A este respecto, la Comisión señala en el informe que seguirá supervisando estos criterios a través de los mecanismos apropiados, y que abrirá sin más dilación una amplia consulta, en forma de *libro verde*, sobre el futuro del régimen de reagrupación familiar en Europa.

6. CONCLUSIONES

De la aplicación de la Directiva sobre reagrupación familiar se desprenden dos conclusiones relevantes. Una, referida estrictamente a su aplicación y al papel desarrollado por la Comisión en su control y aplicación; y otra, que va más allá de la propia Directiva, y que deja patente el fracaso de la comunitarización de las políticas de inmigración en la UE y el importante cambio experimentado en los últimos años en su contenido, navegando hacia posiciones cada vez más restrictivas, y que dada la coyuntura económica actual, podrían todavía restringirse más.

En relación con la aplicación de la Directiva, ha resultado evidente que la reagrupación familiar sólo ha conseguido regularse como una norma de mínimos o de «*soft law*», en la que sigue primando un amplio nivel de discrecionalidad por parte de los Estados miembros tanto en su adaptación al Derecho interno, como en la materialidad de sus preceptos a la hora de establecer requisitos para su ejercicio. Este carácter restrictivo y discrecional, a pesar de que la desestimación de los recursos interpuestos al efecto ante el Tribunal de las Comunidades, sigue

siendo dudosamente compatible con la garantía y reconocimiento de derechos efectuados al respecto por el Derecho comunitario.

Si bien, desde un punto de vista formal, puede realizarse un balance positivo de su trasposición a la legislación de los Estados miembros, el informe elaborado por la Comisión revela muchos aspectos sustantivos en los que la legislación de éstos plantea problemas de compatibilidad con el contenido de la Directiva. Lo sorprendente es que la Comisión no haya iniciado de forma inmediata contra esos Estados un procedimiento sancionador por incumplimiento, limitándose a anunciar una consulta en forma de *libro verde* y su intención de seguir supervisando los aspectos discutibles del proceso de trasposición. Una estrategia que contrasta con el estricto seguimiento y control que habitualmente las instituciones de la Unión Europea realizan del Derecho comunitario y que también se anunciaba en esta Directiva en relación con la armonización del derecho a la reagrupación familiar.

A nadie se escapa que el número de inmigrantes residentes y la evolución de la inmigración en los distintos países de la Unión Europea es muy dispar. Nos encontramos con países que tienen ya una larga tradición migratoria con comunidades de nacionales de terceros países que llevan décadas instalados, como puede ser el caso de Francia o Alemania; y con otros, como los países mediterráneos (Italia o España), en los que la inmigración se ha convertido en un fenómeno en la última década. No obstante, y a pesar de todo, parece claro, que la inmigración pertenece a uno de los ámbitos paradigmáticos de soberanía de los Estados, cuya cesión genera todavía muchísimas reticencias. De ahí que, como materia de reciente comunitarización, esté encontrando innumerables problemas de armonización en Europa.

Esto explica, en cierta manera, la ausencia de una política común de inmigración real y global a escala europea. En la actual coexiste todavía un enorme poder de decisión unilateral de los Estados miembros⁵⁹ y un limitado alcance de las iniciativas de la Unión Europea, que se limitan únicamente a los ámbitos de competencia atribuidos en los Tratados.⁶⁰ Una situación que podría verse modificada con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007 en el que se prevé de forma expresa el desarrollo de una política común de inmigración por parte de la Unión Europea.⁶¹

⁵⁹ El art. 63.4.2º del TCE establece «las medidas adoptadas por el Consejo en virtud de los puntos 3 y 4 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». Vid. Gloria Esteban de la Rosa: «La Nueva Directiva de retorno en el contexto de la actual política de inmigración», *Revista de Estudios Jurídicos* nº 8 (2008), p. 2.

⁶⁰ Esta competencia se atribuye en los arts. 62 y 63 del TCE.

⁶¹ En los arts. 62, 63 y 63 bis –y en concreto en este último– se señala que «la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que resisan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas». *DOUE* Serie C nº 306/57, de 17 de diciembre de 2007. El Tratado de Lisboa, al depositar la República Checa el pasado mes de noviembre sus instrumentos de ratificación en Roma, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.