

# DERECHO AL TRABAJO DIGNO Y POLÍTICA DE EMPLEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

## *RIGHT TO DECENT WORK AND EMPLOYMENT POLICY IN THE COMMUNITY LEGAL SYSTEM*

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Granada

Presidente de la Asociación de Salud y Seguridad Social  
ORCID: 0000-0002-0230-6615

### RESUMEN

**Palabras clave:** Trabajo digno, Política de empleo, Economía social, Derecho del Empleo, Estrategia Europea

La política de empleo de la Unión considera el empleo como valor añadido al crecimiento económico, de manera que no sería posible dissociar el crecimiento en términos económicos y en términos sociales: “progreso” económico y “progreso” social deben estar unidos en virtud de las políticas públicas integradas en los sistemas democrático-sociales (artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea). La organización de las políticas de empleo requiere de políticas activas y de la creación de un marco mínimo de armonización europea de las legislaciones de los Estados miembros a través de normas jurídicas del ordenamiento jurídico europeo; y se constata, sin embargo, que la orientación que preside actualmente las intervenciones comunitarias son las propias del “Derecho débil” o soft law, y no el establecimiento de normas jurídicas comunitarias vinculantes para todos los Estados miembros. Ese “Derecho débil” persigue ante todo la aproximación y convergencia por objetivos perseguibles de los Derechos nacionales (técnicas de coordinación comunitaria como el llamado “método abierto de coordinación”, basado prevalentemente en instrumentos jurídicamente no vinculantes o de juridicidad débil según las materias a las que afecte y atendiendo a posibles contenidos imperativos que se recogen en las directrices sobre el empleo).

### ABSTRACT

**Keywords:** *Decent work, Employment policy, Social market economy, Employment Law, European Strategy*

*The Union's employment policy considers employment as an added value to economic growth, so that it would not be possible to dissociate growth in economic and social terms: economic “progress” and social “progress” must be united by virtue of public policies integrated in the democratic-social systems (Article 3.3 of the Treaty on European Union). The organization of employment policies requires active policies and the creation of a minimum framework for European harmonization of the legislation of the Member States by means of legal standards of the European legal order; and it is noted, however, that the orientation currently presiding over Community interventions is that of “soft law” rather than the establishment of Community legal standards binding on all the Member States. This “weak law” pursues above all the approximation and convergence of national laws (Community coordination techniques such as the so-called “open method of coordination”, based mainly on legally non-binding instruments or instruments of weak legality depending on the matters concerned and taking into account the possible mandatory contents included in the guidelines on employment).*

*“La Edad Moderna trajo consigo la glorificación teórica del trabajo, cuya consecuencia ha sido la transformación de toda la sociedad en una sociedad de trabajo. Por lo tanto, la realización del deseo, al igual que sucede en los cuentos de hadas, llega en un momento en que sólo puede ser contraproducente. Puesto que se trata de una sociedad de trabajadores que está a punto de ser liberada de las trabas del trabajo, y dicha sociedad desconoce esas otras actividades más elevadas y significativas por cuyas causas merecería ganarse esa libertad. [...]. Nos enfrentamos con la perspectiva de una sociedad de trabajadores sin trabajo, es decir, sin la única actividad que les queda. Está claro que nada podría ser peor”.*

HANNAH ARENDT<sup>1</sup>

## ÍNDICE

1. PERSPECTIVA GENERAL DE LA POLÍTICA DE EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA
2. ANÁLISIS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO DE LA UNIÓN EUROPEA
  - 2.1. El Derecho al trabajo y la política de empleo como instrumento del Derecho Social Comunitario
  - 2.2. La política migratoria en el marco de la política de empleo de la Unión Europea y más allá de ella

## 1. PERSPECTIVA GENERAL DE LA POLÍTICA DE EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA

La política de “empleo” constituye un ámbito de la política social y económica cuyo objeto es acomodar, en sentido cualitativo y cuantitativo, las ofertas y las demandas de empleo mediante un conjunto articulado de medidas, actividades e instituciones, funcionalmente orientadas. Su función es instrumental en relación al Derecho social fundamental al trabajo, en sus diversas manifestaciones fundamentales, y muy especialmente (aunque no exclusivamente, se insiste), en su expresión más generalizada y conflictiva (“la cuestión social del empleo”), el “empleo asalariado”. Ello no obstante, la tendencia de política del Derecho en los países más avanzados viene siendo a ampliar su alcance a todo el trabajo profesional (en esa tendencia se insertan las iniciativas de la Organización Internacional del Trabajo), señaladamente al trabajo autónomo, semiautónomo y las nuevas figuras problemáticas como el “trabajo parasubordinado” (en España, el llamado “trabajador autónomo económicamente dependiente”). Nuestra Constitución (en adelante, CE)

<sup>1</sup> Arendt, H.: *La condición humana* (1958), trad. R. Gil Novalés, Introducción de M. Cruz, Barcelona, Paidós Ibérica, 1993, Prólogo de Hannah Arendt, pág. 17.

impone a los poderes público la realización de una política de programación de los mercados de trabajo y de protección de las personas en el marco de las políticas económicas y sociales del Estado Social y Democrático de Derecho (art.1 CE). La política de empleo incorpora el empleo como valor añadido al crecimiento económico, de manera que no sería posible disociar el crecimiento en términos económicos y en términos sociales: “progreso” económico y “progreso” social deben estar unidos en virtud de las políticas públicas integradas en los sistemas democrático-sociales (paradigmáticamente, art. 40.1 CE). La política de empleo es una expresión de la dimensión material del Estado Social de Derecho. De ello se infiere una tarea del Estado de configuración del modelo socioeconómico, es decir, esa forma de Estado habilita a una configuración de la sociedad con arreglo a los principios y valores supremos consagrados en la Constitución Normativa. En una “economía social de mercado” (expresión utilizada en el art. 3.3 TUE), los objetivos de la política social (que incluye el empleo digno<sup>2</sup>) deben ser desde el principio incorporados a la política económica. En este sentido la planificación que esto presupone corresponde a las condiciones constitucionales de toda política pública (paradigmáticamente, la relación sistémica de las previsiones establecidas en los artículos 40.1 y 131.1 CE<sup>3</sup>).

Una vez afirmada la interdependencia de la política de empleo con las políticas económicas y sociales, es necesario precisar que la política de pleno empleo tiene un ámbito de actuación específica, de manera que no puede ser reducida a una supuesta variable dependiente y subordinada respecto de las políticas económicas, pues, lejos de ello, debe interactuar con ellas *al servicio de su propia lógica de racionalización del empleo*.

En el plano jurídico, dicha estrategia de política constitucional cristaliza actualmente en un nuevo proceso de sectorialización funcional del Derecho Social (utilizando esta expresión en un sentido general y sin adjetivos, como el tipo de Derecho propio y específico del Constitucionalismo o garantismo democrático-social)<sup>4</sup>, a saber: el llamado “Derecho del Empleo”, el cual está llamado a

<sup>2</sup> Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, Capítulo II (“La dignidad de la persona que trabaja como expresión “materializada” del principio de dignidad humana: la indivisibilidad de los derechos laborales genéricos o inespecíficos y de los derechos específicos sociales”), págs. 161-261.

<sup>3</sup> No es baladí retener la habilitación constitucional contenida en el art. 131.1 CE, conforme al cual “el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su justa distribución”.

<sup>4</sup> Gurvitch, G.: *La idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el Siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Edición crítica, traducción y estudio preliminar, “La idea del ‘Derecho Social’ en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch” (pp. VII-LV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005; Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de*

instrumentar jurídicamente el derecho al trabajo y el derecho a la reinserción laboral, junto con el principio constitucional de orientación de las políticas públicas hacia la consecución del pleno empleo (principio rector de la política económica y social). Se puede afirmar, pues, que partiendo del principio jurídico general recogido ex art. 40.1 CE, se puede transitar desde la fase preeminentemente «política» a otra más «juridificada», que dejaría emerger un auténtico y genuino «Derecho del» empleo (dimensión objetiva o institucional) articulado sobre el «derecho al» empleo (dimensión subjetiva). Como el propio Derecho del Trabajo general, tronco del que se desgaja y al que sobrepasa (pero con el cual establece inevitablemente fuertes vínculos de unión no sólo por varias de sus instituciones y técnicas, sino también porque el Derecho del Empleo todavía se ocupa en su mayor parte del “empleo asalariado”, dada –al menos por el momento- la estructura ocupacional de la población activa), también es en su constitucionalización donde primero podemos encontrar las bases de este conjunto sistemático y heterogéneo de principios y normas sobre el «empleo» que se caracteriza por su transversalidad u horizontalidad, es decir, su carácter de sector del ordenamiento laboral caracterizado, complejamente, tanto por razón de los sujetos, como de las relaciones sociales o de los objetos jurídicos. Para el Tribunal Constitucional «el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente [...]. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica... un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma.» (STC 22/1981, 2 de julio, fj. 8). Como se indicará de inmediato algunas de las bases constitutivas de la política y del Derecho del Empleo nos la ofrece el Sistema de los Tratados de la Unión Europea.

En estas coordenadas de política del Derecho, la política de empleo ha afrontado las permanentes “crisis del empleo” en sus dos manifestación fundamentales: las normalizadas en el mundo del capitalismo, como crisis “coyunturales” (las cíclicas habituales en el capitalismo como sistema económico y modo de producción) y las “estructurales”, vinculadas éstas hoy en día a la más compleja y amplia crisis del empleo como crisis de la “sociedad salarial” con el emergente desplazamiento progresivo de la “sociedad del trabajo” industrial hacia la “sociedad del riesgo”<sup>5</sup> y de la incertidumbre, siempre fuertemente condiciona por el cambio tecnológico (“sociedad post-industrial” o “sociedad post-fordista” como se suele denominar). La sociedad del trabajo se había fabricado conforme

*Derecho. La teoría Política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.

<sup>5</sup> Beck, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998.

a criterios de racionalidad y eficiencia. En la sociedad del riesgo, el trabajo como empleo deviene en un bien escaso, y paulatinamente en un “empleo débil” (ocupado por un trabajador “flexible”). Se produce, así, un cambio axial en la nueva modernidad. Se está operando un proceso de desconstrucción de la empresa tradicional, dispersándola por el espacio circundante, hasta reducir al máximo la diferencia entre los lugares de la actividad productiva organizada y los lugares de la vida social que había sido constitutiva de la primera modernidad económica (desde las dos revoluciones industriales precedentes). (La misma externalización a través del *outsourcing* lo posibilita al poder recurrir a proveedores externos para realizar las actividades necesarias para alcanzar la finalidad de la empresa). La dinámica de la productividad tiende crecientemente a depender de la producción inmaterial y de la utilización de facultades humanas cognitivas (en la lógica de desplazamiento del capitalismo industrial fordista al capitalismo cognitivo flexible, que realza la nueva naturaleza del trabajo, de la función del conocimiento como eje del proceso de creación de riqueza, de las fuentes de valorización y de las estructuras de dominio sobre las cuales se fundamenta el proceso de acumulación y las contradicciones que se operan).

Las fuerzas productivas de la sociedad han adquirido una nueva morfología con la expansión de las nuevas tecnologías digitales, la inteligencia artificial (que actúan bajo el soporte de los algoritmos). La misma “sociedad de la vigilancia” (el capitalismo de la vigilancia)<sup>6</sup> incide en las relaciones de poder en las organizaciones, en el empleo y en los derechos socio-laborales vinculados al empleo, teniendo en cuenta la capacidad predictiva conductual de los algoritmos que puede lesionar los principios de igualdad y no discriminación (se ha podido hablar, con propiedad de “discriminación algorítmica”). Pero también la neurotecnología, cuya incidencia en la actividad laboral está haciendo emerger los llamados “neuroderechos laborales”.

La incidencia de la digitalización sobre el trabajo y el empleo es extraordinariamente relevante. La digitalización –como ha acontecido casi siempre en el cambio tecnológico<sup>7</sup>– ha tenido un impacto en los niveles de empleo (crea y

<sup>6</sup> Véase Zuboff, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder* (2019), Barcelona, Paidós, 2020, espec., pp. 657 y ss.

<sup>7</sup> Véase, paradigmáticamente, la que fue en su momento una gran obra de referencia y que continúa siendo de interés, Richta, R.: *La civilización en la encrucijada*, trad. D. Iribar, Madrid, Ayuso, 2ª ed., 1974 (la 1ª, 1972), Capítulo I (“La naturaleza de la revolución-científico-técnica”), págs. 33 y sigs., Capítulo II (“Los cambios en el trabajo, la cualificación y la instrucción”), págs. 125 y sigs., Capítulo III (“La civilización moderna y el desarrollo del hombre”), págs. 185 y sigs., Capítulo IV (“Los rasgos dominantes de la evolución social en la época de la revolución científico-técnica”), págs. 249 y sigs. Ya antes Veblen, TH.: *Teoría de la empresa de negocios*, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen” (pp. VII-XXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009, págs. 3 y sigs., 17 y sigs., 83 y sigs., 109 y sigs., 161 y sigs. (“Los principios comerciales en el derecho y la política”), 181 y sigs., 221 y sigs.; y Polanyi, K.: *La Gran transformación. Crítica del liberalismo económico* (1944), Presentación y traducción de J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1989, págs.

destruye) y en la transformación de los empleos. Pero incide también en los sistemas de cualificación profesional, en la organización del trabajo (facilita el trabajo a distancia; la externalización del proceso productivo, la utilización la Inteligencia Artificial creativa es disruptiva respecto al “simple” proceso de automatización, etcétera), mejora la productividad, e impacta de manera preocupante en la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales de la persona que trabaja<sup>8</sup>. Esto supone

69 y sigs., 215 y sigs., y 351 y sigs.; Landes, D.S.: *Progreso tecnológico y revolución industrial* (1969), Madrid, Tecnos, 1979, 56 y sigs., 384 y sigs, y 515 y sigs.; Aglietta, M.: *Regulación y crisis del capitalismo*, Madrid, Siglo XXI, 1979, págs. 88 y sigs., y 192 y sigs.; Piore, M.J y Sabel, C.H.F.: *La segunda ruptura industrial (1984)*, Madrid, Alianza, 1990, págs. 31 y sigs., 237 y sigs., y 362 y sigs. O, por ejemplo, en fecha posterior, Baethge, M., Oberbeck, H.: *El futuro de los empleos* (1986), Presentación de J.J. Castillo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, capítulo 1 (sobre la racionalización sistémica, el futuro de los empleos y lo nuevo en las modernas tecnologías”), págs. 19 y sigs.; Hyman, R., Streeck, W.: *Nuevas tecnologías y relaciones industriales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993; Rifkin, J.: *Fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: El nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Paidós, 5ª ed., 1997, Primera parte (“Las dos caras de la tecnología”), págs. 23 y sigs., Segunda parte (“La tercera revolución industrial”), págs. 85 y sigs., Tercera Parte (“El declive de la fuerza de trabajo global”), Cuarta parte (“El precio del progreso”; “Ganadores y perdedores de la alta tecnología...”), págs. 201 y sigs. Entre nosotros cabe recordar el trabajo de Alonso Olea, M.: *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Madrid, Civitas, 1995; *Ibid.*, “El trabajo como bien escaso”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.33 (2001). Las reflexiones que se han venido haciendo después de cada una de las grandes revoluciones industriales son relevantes para valorar con la prudencia necesaria el alcance real y los elementos de “novedad” de las referencias a las tecnologías “disruptivas”, al “fin del trabajo”, y otras expresiones conceptuales que se utilizan –y utilizamos– en la doctrina científica.

<sup>8</sup> La bibliografía es ya inmensa en la materia, puede consultarse por todos, Mercader Uguina, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, Capítulo I (“Algoritmos e inteligencia artificial: dos compañeros en el viaje hacia el Derecho Digital del Trabajo”), págs. 17 y sigs., y Capítulo III (“La gestión algorítmica del trabajo”), págs. 69 y sigs.; *Ibid.*, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022; Pérez Del Prado, D.: *Derecho, Economía y Digitalización. El impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, Capítulo II (“El impacto de la digitalización sobre el empleo”), págs. 49 y sigs., y Capítulo III (“El impacto de la digitalización sobre las condiciones de trabajo”), págs. 117 y sigs.; Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Cizur Menor (Navarra), 2020; Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M, Pérán Quesada, S. (DIRS): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021, 1152 pp.; Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. «Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídico-laborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 8 (2023): 11-37; Molina Hermosilla, O.: “Inteligencia artificial, Bigdata y Derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras. Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS), núm.6, 2023, pp. 89–117. <https://doi.org/10.24310/rejlls.vi6.16225>; Gómez Salado, M.A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2021; Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Pamplona, Aranzadi, 2023; Abadías Selma, A. y García González, G. (Coords.): *Protección de los trabajadores e inteligencia*

todo un desafío para las políticas públicas de empleo que hacen valer el derecho al trabajo y el buen funcionamiento del mercado de trabajo en términos de equilibrio entre racionalidad económica y racionalidad social. Actualmente, se ha reforzado la idea de que una correcta planificación de la política de empleo (como también acontece, por cierto, con las políticas de Seguridad Social y de protección social pública en su conjunto) para ese buen gobierno tiene que incorporar necesariamente el factor de la disrupción digital. El uso cada vez más generalizado de la IA en el mercado interior comunitario, exige, de suyo, una planificación tanto en los aspectos relativos a las actividades económicas como respecto a los mercados de trabajo europeos y, como es obvio, en todo lo relativo a las políticas de empleo comunitarias. La planificación supone regulación jurídica y actividades públicas de control y vigilancia del uso de las nuevas *tecnologías digitales*. La Unión Europea ha percibido la trascendencia de AI y su impacto en el espacio económico-social europeo<sup>9</sup>. Del mismo modo que ha sido necesario regular el impacto de la IA a través de “derecho fuerte”, no cabe la menor duda de que sería necesario proseguir en la línea de establecer un marco normativo e institucional que garantice el derecho al trabajo digno y una política de empleo no exclusivamente orientada hacia la racionalidad económica y la productiva, sino combinando lo que el Derecho Social ha tratado de conciliar en la tradición del constitucionalismo democrático social, a saber: la racionalidad económica y la racionalidad social. Los mecanismos “sofw law” como es el caso típico del Método Abierto de coordinación<sup>10</sup> están siendo

*artificial: La tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Barcelona, Atelier, 2022; Ortega Lozano, P.G., Guindo Morales, S., y López Insua, B.M. (Dirs.): *Retos tecnológicos en el derecho de la protección laboral y de la seguridad social*, López Bedmar, R.J, y Velasco Fernández, D. (Coords.), Barcelona, Atelier, 2024.

<sup>9</sup> Comisión Europea: *Configurar el futuro digital de Europa, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones*, COM (2020) 67 final, 19 de febrero 2020. Pero sobre todo el Reglamento (UE) 2024/1689 Del Parlamento Europeo y Del Consejo de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

<sup>10</sup> El método abierto de coordinación (MAC) de la Unión Europea (UE) puede definirse como una forma de «Derecho indicativo». Se trata de una forma intergubernamental de hacer política que no deriva en medidas legislativas de la UE de carácter vinculante ni exige que los países de la UE introduzcan nuevas leyes o modifiquen su legislación. El MAC, creado inicialmente en la década de los noventa en el marco de la política de empleo y el proceso de Luxemburgo, se definió como un instrumento de la estrategia de Lisboa (2000). En ese momento, la integración económica de la UE avanzaba rápidamente, pero los países de la UE eran reticentes a ceder más competencias a las instituciones europeas. El MAC ha proporcionado un nuevo marco de cooperación entre los países de la UE con objeto de lograr la convergencia entre las políticas nacionales para realizar algunos objetivos comunes. En el marco de este método intergubernamental, los países de la UE evalúan a otros («control de grupo») y la Comisión desempeña únicamente una función de supervisión. El Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia prácticamente no intervienen en el proceso del MAC. El MAC se aplica a los ámbitos que son competencia de los países de la UE, como el empleo, la protección social, la educación, la juventud y la formación profesional. Se basa principalmente

insuficientes tanto en materia de empleo como en a través de la coordinación comunitaria de la Seguridad Social, que se muestran insuficientes y deficientes y están cada vez más siendo desbordados por la necesidad objetiva de promulgar instrumentos jurídicos normativamente vinculantes (“hard law”).

Por otra parte, la política de empleo, con carácter general, viene caracterizándose por su acentuada territorialización y descentralización, en la idea-fuerza de atender a las particularidades de los distintos territorios. Un mejor reparto de las oportunidades de empleo requiere tener en cuenta la dimensión territorial y la conjunción de todos los poderes públicos, en sus diversos niveles competenciales, de los interlocutores sociales, de las fuerzas económicas y de la ciudadanía para impulsar y potenciar la creación de empleo. Por lo demás, la dimensión territorial vincula el empleo con el entorno y el desarrollo económico en ese espacio. Básicamente, la política de empleo se diseña y desarrolla en el espacio geopolítico de la Unión Europea a través de la interacción de cuatro instancias decisorias con competencias en la materia (la propia Unión Europea, los Estados miembros, las Comunidades Autónomas, las Regiones y también las Entidades Locales)<sup>11</sup>. La descentralización territorial no se agota en el plano autonómico de un “Estado compuesto”, que se resuelve en la organización de “fragmentos de Estado”, por

en: la identificación y definición común de objetivos que deben cumplirse (adoptados por el Consejo); instrumentos de medida definidos conjuntamente (estadísticas, indicadores, directrices); la «evaluación comparativa», es decir, la comparación de los resultados de los países de la UE y el intercambio de las mejores prácticas (supervisión efectuada por la Comisión). <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/open-method-of-coordination.html>

<sup>11</sup> La base jurídica de la Política de Empleo y de la Estrategia Europea de Empleo está formada principalmente por el grupo normativo siguiente integrado por el art. 3, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y artículos 8 a 10, 145 a 150, 156 a 159 y 162 a 164 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La Estrategia Europea de Empleo, se articula a través de ciertos objetivos: crecimiento inteligente basado en el conocimiento y la innovación; crecimiento sostenible encaminado a la promoción de una economía que utilice racionalmente los recursos (la totalidad de las fuerzas productivas, incluyendo las tecnologías disponibles), verde y competitiva; y crecimiento integrador en cuanto dirigida a fomentar una economía con alto nivel de empleo (o incluso pleno empleo) de calidad que mantenga la cohesión social y territorial dentro de cada país y entre los Estados miembros de la Unión Europea dentro de un espacio común europeo.

Por su parte, como se sabe, la coordinación en materia de Seguridad Social se lleva a cabo en el Reglamento (CE) N.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y en el Reglamento (CE) N.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social.

Esa interacción –en sentido análogo a otros países de la Unión– se manifiesta, por ejemplo, en el art. 6 (“Planificación de la política de empleo”), de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo que la política de empleo se desarrollará, dentro de la planificación de la política económica en el marco de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (apartado 1). Preside, en esto, la lógica de una creciente “comunitarización” de las políticas públicas de empleo, la cual ya estaba presente en anteriores versiones de la Ley de Empleo.



utilizar la terminología de Georg Jellinek<sup>12</sup>. En coherencia con la creciente dimensión territorial del empleo, que introduce en la gestión de toda política ocupacional la vertiente local, y en paralelo al actual proceso de modernización institucional orientada al reforzamiento global del poder local, también las Entidades Locales, a través de acuerdos con las CCAA, y por delegación, están creando sus propios Servicios Públicos o “Centros de Empleo”, con la misma estructura y funciones, si bien para su radio de acción territorialmente delimitado y más reducido.

Los problemas de descoordinación ya evidenciados como consecuencia del proceso de descentralización autonómica, que dispersa la gestión del proceso de colocación, pueden agravarse con este segundo proceso de descentralización local. Pero el principio de proximidad respecto a los problemas concretos que con ello se propicia tiene también sus ventajas.

La territorialización de las políticas de empleo requiere de la implantación de eficaces mecanismos de coordinación institucional, que prevenga frente al peligro de fragmentación y “aislamiento” de los mercados (locales) de trabajo, tarea prioritaria para garantizar un eficaz funcionamiento del “Sistema Nacional de Empleo” (artículos 5 a 7 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.), pero también del Sistema Comunitario, a través de la denominada Red EURES (Servicios Europeos de Empleo).

## 2. ANÁLISIS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 2.1. El Derecho al trabajo y la política de empleo como instrumento del Derecho Social Comunitario

El art. 15 CDFUE<sup>13</sup> (que garantiza la “libertad profesional y el derecho a trabajar”)<sup>14</sup> tiene que conectarse necesariamente con el bloque normativo de la

<sup>12</sup> Jellinek, G.: *Fragmentos de Estado*, Introducción de M. Herrero de Miñón, Madrid, Civitas, 1978, Capítulo IV (“Fragmentos de Estado con territorio y súbditos propios”), págs. 65-69.

<sup>13</sup> Sastre Ibarreche, R.: *El Derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996; Monereo Pérez, J.L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar (artículo 15)”, en VV.AA.: *La Europea de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2012, págs. 331-374; *Ibid.*, “Derecho al trabajo, derecho de trabajar y derecho a la libre elección del trabajo (Artículo 23.1 DUDH; Artículo 6.1 PIDSC, y normas concordantes)”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2014, págs. 773-796; *Ibid.*, “Derecho al trabajo (artículo 1)”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 361-393.

<sup>14</sup> La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Bruxellas, 28 septiembre 2000, Niza 7-9 diciembre 2000, con rango de Tratado Europeo en virtud del art. 6.1 del TUE, en la

norma fundamental europea regulador de la “política” y del “Derecho del Empleo”; un bloque que tiene como centro neurálgico, los artículos 15, 145 a 150 (dentro del Título IX “empleo”), 151 a 166 del TFUE. Ese conjunto normativo permite reconocer ya, en una primera aproximación, la verdadera significación y alcance del “empleo” en el “programa” de la normativa fundamental europea.

En efecto, el art. 15 CDFUE<sup>15</sup>, en su plasmación en el sistema normativo de los Tratados Fundamentales de la Unión, garantiza –aunque sólo sea implícitamente y en interpretación teológica con la Carta Social Europea Revisada de referencia– el derecho al trabajo, como derecho social (derecho social individual al trabajo), el cual encuentra su instrumentación en el ámbito de las políticas públicas y del Derecho Social, en la protección de la persona del trabajador en el “empleo” y en el “mercado de trabajo” (introduciendo un componente estatutario en el contrato de trabajo “normado” y un conjunto de intervenciones normativas e instituciones en el mercado de trabajo), pero también fuera o al margen del mercado de trabajo a través de las políticas de protección de Seguridad Social por desempleo (y protecciones sociales públicas afines y conexas, entre ellas el Ingreso Mínimo Vital)<sup>16</sup>. El derecho al trabajo contempla al individuo socialmente situado en la estructura social productiva; su garantía impone obligaciones positivas de intervención a los poderes públicos para hacerlo valer; es decir, necesita ser “organizado”. El Estado Social se convirtió en un Estado desmercantilizador, constituyendo espacios de lo social al margen del mercado. En estas coordenadas de política del Derecho constitucional, la política de “pleno empleo” o de consecución de “un nivel de empleo elevado y duradero” (al decir de los artículos 9 y 151 del TFUE; aunque, ciertamente, el art. 3.3 del TUE, hace referencia –en una perspectiva general– a que la Unión “obrará en pro del desarrollo de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva

redacción dada por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican los, por entonces vigentes, Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea) garantiza a todo individuo el derecho de trabajar y de ejercitar una profesión libremente elegida o aceptada (art. 15. “Libertad profesional y derecho de trabajar”). Para un estudio completo de esta Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), véase Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europea de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

<sup>15</sup> Consúltese, Monereo Pérez, J.L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europea de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 331-374.

<sup>16</sup> Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. Véase, Monereo Pérez, J., Rodríguez Iniesta, G., Trillo García, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital*, 2ª edición ampliada y actualizada, Murcia, Laborum, 2023; *Ibid.*, *El Ingreso Mínimo Vital: Nuevo pilar del pacto social intergeneracional entre jóvenes y mayores. Cuatro años de su implantación en España (2020-2024)*, Número Especial 4º, 2024, de las *Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/issue/view/68/73>

tendente al pleno empleo y el progreso social y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente”) constituye el instrumento más idóneo (no el único) que permite y hace posible la realización efectiva del “derecho a trabajar” y del “derecho al trabajo” (es la garantía más adecuada para la efectividad del derecho al trabajo), pues como expresa nuestro propio art. 40.1 CE (relativo a la política de empleo y al derecho social al empleo en su dimensión colectiva e institucional), “los poderes públicos *promoverán* [imperativo categórico] las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

En la lógica de ese grupo normativo se consagra la centralidad del trabajo en sus diversas formas; el trabajo como posible realización de la persona y como contribución social; y el trabajo productivo como relación contractual de intercambio patrimonial. Este entendimiento pone en conexión permanente el binomio trabajo-ciudadanía, la cual solamente se lleva a cabo a través del Derecho del constitucionalismo democrático-social y en particular desde la proyección de los principios constitucionales como estatuto mínimo conferido a las distintas formas de trabajo. En la “sociedad del trabajo” (“sociedad en que las oportunidades económicas, participativas y vitales están acopladas –directamente o a través de unidades económicas privadas y públicas– al trabajo lucrativo, los que no encuentran alojamiento duradero en el sistema ocupacional y los que con frecuencia más que suficiente ven desplazado su potencial del trabajo hacia una tierra de nadie, están amenazados por el estigma del fracaso”<sup>17</sup>), éste adquiere una especial centralidad, como hacer, productivo y necesario, conforme a un plan encaminado a la transformación del medio exterior realizando una actividad humana socialmente útil en condiciones de ajenidad y dependencia o subordinación (relaciones sociales de tipo económico cuyo objeto es el trabajo entendido como actividad). Pero la dependencia no es una mera subordinación técnica del trabajador, pues encubre una verdadera relación jurídica de poder, que el ordenamiento laboral reconoce, pero que limita para proteger a la persona del trabajador. Se trata de un orden socioeconómico en el cual las relaciones entre empresario y trabajador se formalizan en un tipo contractual que permite en la práctica la utilización productiva de un hombre a cambio de una compensación económica. De este modo, el trabajo en la forma dominante y generalizada de la edad moderna (no la única, porque existen otras formas de trabajo profesional para otro en el mercado en régimen de autonomía y por cuenta propia; trabajo autónomo) se percibe como “empleo” u ocupación, esto es, como relación jurídico-patrimonial de intercambio mercantil, trabajo profesional prestado para otro en el marco de una organización productiva de titularidad ajena.

<sup>17</sup> Offec, C: *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro*, trad. de Jaime Nicolás, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pág. 10.

Con el constitucionalismo democrático-social y la transformación de la constitución liberal del trabajo (y su forma política de Estado liberal) en constitución democrático-social del trabajo (y su forma política específica de Estado Social en sus diversas manifestaciones, señaladamente, el Estado del Bienestar Social instaurado a partir de la Segunda Postguerra Mundial), el “empleo” mercantilizado es “externamente” heterorregulado dotándolo de un “estatuto protector” tanto en el ámbito estrictamente laboral como en la esfera de la protección social pública. Ello se tradujo en una desmercantilización relativa del trabajo abstracto impidiendo la utilización de la persona como una pura mercancía “sui generis” sujeta a condiciones de adquisición y uso determinadas por el prevalente poder contractual del empresario, en cuanto detentador de un poder directivo legitimado contractualmente<sup>18</sup>. De este modo se conectó el binomio trabajo como “empleo” y “ciudadanía” (condición de pertenencia a la comunidad política que confiere la titularidad y uso efectivos en el ámbito del mercado y de la organización productiva no sólo de los derechos sociales, sino también de los llamados derechos generales e inespecíficos de la persona, civiles y políticos) precisamente para limitar la mercantilización total del trabajo y de la persona del trabajador en una organización productiva y disciplinaria dirigida, organizada y controlada unilateralmente por el empleador. De ahí que el trabajo en la empresa contemporánea se haya desarrollado como una mezcla del contrato y de estatuto. Esa “constitución democrático-social del trabajo” –en el “empleo” y en el “mercado”– ha sido una de las grandes contribuciones “civilizatorias” de la forma política del Estado Social y Democrático de Derecho, que no solamente ha sido un Estado distribuidor de bienes, sino también un Estado intervencionista “organizador”, “limitador” y “distribuidor” de poderes sociales, individuales y colectivos; también en el ámbito de las organizaciones productivas y más ampliamente en el conjunto del sistema de relaciones laborales. He aquí el lugar propio y específico del Derecho Social del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social. La preocupación por la tutela del trabajo como “empleo” explica, que el derecho al trabajo se haya centrado especialmente en su manifestación más problemática y conflictiva, el trabajo como empleo asalariado; y en relación a ello se haya predispuesto la realización de una política de “empleo”, como ámbito de la política pública encaminada, en primer lugar, a “crear”, “fomentar” y “repartir” el “empleo”, principalmente el

<sup>18</sup> Monereo Pérez, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización””, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995), págs.7-46; *Ibid.*, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, Capítulo I.2 (“Los modelos de Estados del Bienestar y la desmercantilización como objetivo de la política social moderna”), págs. 27 y sigs., Capítulo II (“La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”), págs. 45 y sigs.; *Ibid.*, *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, Capítulo I, págs.11 y sigs., Capítulo IV, págs.157 y sigs.

empleo asalariado, para pasar después a fomentar otras formas de trabajo-empleo, como el autoempleo y el trabajo autónomo en expansión, de la primera y de la “segunda generación”. Pero igualmente, en un segundo momento, a proteger a las personas “des-empleadas” –involuntariamente inactivas, como regla– a través de medidas “pasivas” (prestaciones reparadoras por desempleo) y “activas” (medidas encaminadas a la reinserción laboral o profesional de la persona desempleada).

En este contexto normativo, la política de “empleo” constituye un ámbito de la política social y económica cuyo objeto es acomodar, en sentido cualitativo y cuantitativo, las ofertas y las demandas de empleo mediante un conjunto articulado de medidas, actividades e instituciones, funcionalmente orientadas. Su función es instrumental en relación al Derecho social fundamental al trabajo, en sus diversas manifestaciones fundamentales, y, muy especialmente (aunque no exclusivamente, se insiste), en su expresión más generalizada y conflictiva (“la cuestión social del trabajo asalariado”), el “empleo asalariado”. El texto fundamental de la Unión impone a los poderes público la realización de una política de planificación de los mercados de trabajo y de las técnicas de protección de las personas en el marco de las políticas económicas y sociales del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea; TUE)<sup>19</sup>. La política de empleo de la Unión considera el empleo como valor añadido al crecimiento económico, de manera que no sería posible disociar el crecimiento en términos económicos y en términos sociales: “progreso” económico y “progreso” social deben estar unidos en virtud de las políticas públicas integradas en los sistemas democrático-sociales. Una vez afirmada la interdependencia de la política de empleo con las políticas económicas y sociales, es necesario precisar que la política de pleno empleo tiene un ámbito de actuación específica, de manera que no puede ser reducida a una supuesta variable dependiente y subordinada respecto de las políticas económicas, pues, lejos de ello, debe interactuar con ellas al servicio de su propia lógica de racionalización del empleo. En todo caso, tanto en el plano jurídico-formal como en el jurídico-material, la articulación de las políticas de empleo requiere de la elaboración de políticas activas y de la creación de un marco mínimo de armonización europea de las legislaciones de los Estados miembros a través de normas jurídicas del ordenamiento jurídico europeo; y se constata, sin embargo, que la orientación que preside actualmente las intervenciones comunitarias son las propias del “Derecho débil” o *soft law*, y no el establecimiento de normas jurídicas comunitarias vinculantes para todos los Estados miembros. Ese “Derecho débil”

<sup>19</sup> Conforme al art. 3.3 TUE: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros [...]”.

persigue ante todo la aproximación y convergencia por objetivos perseguibles de los Derechos nacionales (técnicas de coordinación comunitaria como el llamado “método abierto de coordinación”, basado prevalentemente en instrumentos jurídicamente no vinculantes o de jurisdicción débil según las materias a las que afecte y atendiendo a posibles contenidos imperativos que se recogen en las directrices sobre el empleo)<sup>20</sup>.

Conforme al art. 2.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): “Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado, para cuya definición la Unión dispondrá de competencia”; a tal fin, la UE “tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas” (art. 5.2 TFUE). Se consagra, así, el método abierto de coordinación en materia de empleo.

Tras el Tratado de Ámsterdam, las competencias de la UE en materia de empleo se despliegan fundamentalmente a través de un procedimiento anual contemplado en el Título de Empleo y que en la actualidad se regula por el vigente Título IX del TFUE. Ello supone la institucionalización permanente –en el Derecho originario– de la intervención comunitaria en materia de empleo, esto es la incorporación formal de una actuación comunitaria que ya venía desempeñándose *de facto* tras el Consejo de Essen.

Según el art. 146.1 TFCE, los Estados miembros, mediante sus políticas de empleo, contribuirán al logro de los objetivos contemplados en el art. 145 TFCE, “de forma compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión” adoptadas con arreglo al apartado 2 de art. 121 TFCE<sup>21</sup>. La norma supone una clara supeditación de las políticas de empleo a las políticas económicas, que siguen siendo la prioridad en el marco de la UE. Ello refleja la preferencia del principio axial de eficiencia económica. Por su parte, el art. 146.2 establece que teniendo en cuenta las prácticas nacionales relativas a las responsabilidades de los interlocutores sociales, los “Estados miembros considerarán el fomento del empleo como un asunto de interés común y coordinarán sus actuaciones al respecto en el seno del Consejo”, de conformidad el procedimiento contemplado por el Título IX TFUE.

<sup>20</sup> Monereo Pérez, J.L.: “Las políticas activas de empleo. Derecho al trabajo y políticas activas de empleo en el marco de la política de empleo”, “La Unión Europea y las políticas activas de empleo”, y Molina Hermosilla, O.: “Clasificación de la política de empleo: políticas activas y pasivas”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernant, J.A., y López Insua, B.M. (Dir. y Coords.): *Las políticas activas de empleo: Configuración y Estudio de su Regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2015, págs. 45-130, 189-228, y 133-156, respectivamente. En este libro se realiza un análisis completo de todas las políticas activas de empleo. Asimismo, García Quiñones, J.C.: *Políticas activas de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

<sup>21</sup> Véase los artículos 1 y 2 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

En esta política, el papel de la UE consiste en contribuir “a un alto nivel de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, así como apoyando y, en caso necesario, complementando sus respectivas actuaciones” (art. 147.1 TFUE). Para remarcar el principio de subsidiariedad se indica que al hacerlo, “se respetarán las competencias de los Estados miembros”. Por otra parte, el art. 147.2 TFUE señala que: “Al formular y aplicar las políticas y medidas de la Unión deberá tenerse en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo”. A nivel de los Tratados se opta por eludir la referencia al pleno empleo y se utiliza la más modesta de alcanzar el objetivo de “un alto nivel de empleo”.

Conforme al procedimiento establecido para esta política de coordinación (basada en el “open method of coordination”), el Consejo Europeo examinará anualmente la situación del empleo en la Unión y adoptará *conclusiones* al respecto, basándose en un informe conjunto anual elaborado por el Consejo y la Comisión (art. 148.1 TFUE). Basándose en las conclusiones del Consejo Europeo, el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Comité de Empleo, elaborará anualmente *orientaciones* que los Estados miembros tendrán en cuenta en sus respectivas políticas de empleo (las denominadas “Directrices” de empleo que se publican en el DOCE). Dichas orientaciones serán compatibles con las orientaciones generales adoptadas con arreglo a lo dispuesto en el art. 121.2 (Recomendaciones sobre las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión) (art. 148.2 TFUE). Las Directrices son propuestas concretas sobre medidas de empleo dirigidas a los Estados miembros sobre aquellos aspectos que requieren mayor esfuerzo para la creación de empleo y en la lucha contra el desempleo. Pero carecen de carácter jurídicamente vinculante, su incumplimiento carece de cualquier sanción jurídica (en todo caso, cabría un reproche “político” que tiene un carácter persuasivo). Así pues, los Estados miembros, dependiendo de su buena voluntad, darán o no cumplimiento a las orientaciones comunitarias.

En una tónica de continuismo formal y sustancial, las Directrices se agrupan en cuatro pilares, relativos a las siguientes materias agrupadas (de manera no demasiado coherente –v. gr. se diferencia artificiosamente “empleabilidad” y “adaptabilidad”-) por objetivos: aumento de la empleabilidad; desarrollo del espíritu de empresa y creación de empleo; fomento de la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas; reforzamiento de la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En las directrices existe un cierto acervo común que diferencia una serie de pilares básicos: políticas activas de empleo para ciertos colectivos de personas (jóvenes, mujeres, desempleados de larga duración, marginados, etc.); políticas de formación y recalcificación profesional de carácter permanente, presididas por la idea-fuerza de la empleabilidad, la cual asume la lógica de prevención del desempleo atendiendo a las causas sociales reales de la situación de paro forzoso.

Las Directrices comunitarias emanadas del Consejo son recibidas por los Estados miembros en sus respectivos *Planes Nacionales de Acción* (los actuales “Planes Nacionales de Reformas”), donde se plasman, de acuerdo con las propuestas comunitarias y en atención a la realidad de los mercados de trabajo, las líneas de actuación de las respectivas políticas de empleo de cada uno de los Estados miembros.

La elaboración de los Planes, cuya aprobación recae en los Gobiernos estatales, puede producirse con la participación tanto de instancias internas propias de sus diferentes estructuras descentralizadas como de los interlocutores sociales. Estas estrategias de implicación de agentes públicos y privados permitirán que los Planes atiendan con mayor precisión y eficacia a la situación de los concretos mercados de trabajo.

Para comprobar el grado de realización de las Directrices comunitarias, el Tratado establece que “sobre la base de las orientaciones comunitarias de empleo, cada Estado miembro facilitará al Consejo y a la Comisión un *informe anual* sobre las principales medidas adoptadas para aplicar su política de empleo” (art. 148.3 TFUE). Basándose en dichos informes y tras recibir las opiniones del Comité de Empleo, el Consejo efectuará anualmente un examen de la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros a la vista de las orientaciones referentes al empleo. El Consejo, sobre la base de una recomendación de la Comisión, podrá formular *recomendaciones* a los Estados miembros, si lo considera pertinente a la vista de dicho examen (art. 148.3 TFUE). Así pues, el Consejo analiza la situación de empleo en la UE y, al mismo tiempo, en cada uno de los Estados miembros. Ello le permite acometer la tarea de realizar determinadas recomendaciones a todos o aquellos Estados miembros que por su tarea de aplicación de las directrices necesiten de concretos apercebimientos.

Pero conviene tener presente que el instrumento comunitario utilizado a estos efectos es la recomendación, que, por definición, constituye un mecanismo no vinculante en virtud del cual el Consejo invita a los Estados miembros a que adopten, en esta caso, un cambio de orientación en su política de empleo. De ahí que pueda hablarse de obligaciones de baja intensidad a las asumidas por los Estados miembros a la luz del ordenamiento comunitario. Los cambios propuestos pueden consistir en incidir más sobre determinadas materias o bien atender a otras sobre las que se haya omitido actuación alguna. También cabe la posibilidad de que a través de este mecanismo se traten de extender las denominadas “buenas prácticas”, esto es, la descripción de aquellas medidas adoptadas por los Estados miembros que han servido más efectivamente a la lucha contra el desempleo o la creación de empleo. Por tanto, el instrumento puede servir de trasvase de información para que los Estados miembros analicen la extrapolación de prácticas que hayan sido exitosas dentro de la política nacional de empleo de otro socio comunitario.

Transcurridos cinco años desde su puesta en práctica, la Estrategia Europea de Empleo se evaluó, y las directrices pasan a dictarse cada tres años en lugar



de anualmente y los Planes nacionales de acción también asumen una duración plurianual con la intención de dotarles de una mayor estabilidad. Sobre la base del resultado de dicho examen, el Consejo y la Comisión prepararán un *informe anual conjunto* para el Consejo Europeo sobre la situación del empleo en la Unión y sobre la aplicación de las orientaciones para el empleo. Este informe es un elemento crucial para la elaboración de las propuestas de directrices para la anualidad siguiente.

Además de este procedimiento, en materia de política de empleo se prevé (*ex art. 149 TFUE*) que el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán adoptar *medidas de fomento* para alentar la cooperación entre los Estados miembros y apoyar la actuación de estos últimos en el ámbito del empleo. Actividad que se canalizará a través de “iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto”. Sin embargo, el mecanismo trata de ser absolutamente respetuoso con la soberanía estatal, pues se señala que “estas medidas no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

El Consejo, por mayoría simple, previa consulta al Parlamento Europeo, creará un Comité de Empleo de carácter consultivo para “fomentar la coordinación entre los Estados miembros en materia de políticas de empleo y del mercado laboral” (*art. 150 TFUE*). El Comité de Empleo es el órgano encargado de gestionar toda la maquinaria procedimental contemplada en el *art. 148 TFUE*. Las tareas del Comité de Empleo, que no se limitan a las expresamente contempladas en el *art. 150 TFUE*, son las siguientes:

- Supervisar la situación del empleo y las políticas en materia de empleo de los Estados miembros y de la Unión (esto es, coopera en el examen colectivo de los informes nacionales de empleo).
- Elaborar, dictámenes a petición del Consejo, de la Comisión o por propia iniciativa, y contribuir a la preparación de las medidas del Consejo, contenidas en el *art. 148 TFUE*. Estos dictámenes son preceptivos para la Comisión o para el Consejo, pero no son vinculantes, de manera que su capacidad de influencia sobre las decisiones comunitarias queda condicionada a la admisión de sus apreciaciones por parte de las instituciones comunitarias.
- Participar en la preparación del informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y el Consejo y la redacción del dictamen sobre las Directrices.
- Actuar de foro de debate permanente sobre las políticas de empleo y las políticas estructurales, fomentando el intercambio de experiencias y de buenas prácticas, y de órgano de enlace con los demás organismos competentes.

Por lo que respecta a su composición, cada uno de los Estados miembros y la Comisión designarán dos miembros del Comité.

La participación de los interlocutores sociales en materia de empleo no tiene un papel estelar dentro de esta política. Como ya se ha comprobado, en la composición del Comité de Empleo no están presentes los interlocutores sociales. Dentro del Título IX encontramos dos referencias a la cuestión: en primer término, el art. 146 TFUE establece que “teniendo en cuenta las prácticas nacionales relativas a las responsabilidades de los interlocutores sociales, los Estados miembros considerarán el fomento del empleo como un asunto de interés común” (lo que no es decir mucho); y en segundo término, en el art. 150 TFUE se contempla la exigencia de que el Comité de Empleo deba “consultar a los interlocutores sociales” (antes de emitir sus correspondientes informes). La conclusión que puede extraerse de estas previsiones es que la participación de los interlocutores sociales no tiene la relevancia que sería deseable dentro de este ámbito de la política social. Así pues, son los gobiernos de los Estados miembros los verdaderos protagonistas en la lucha contra el desempleo y en la creación de empleo. Dado que no existe un papel institucional de los interlocutores sociales, su participación queda reducida a la voluntad de los Estados miembros de darles participación en la elaboración y gestión de sus respectivos Planes Nacionales de Acción.

Un análisis global de la eficacia de la Política de empleo comunitaria lleva a la conclusión de que su efectividad en la lucha contra el desempleo y la creación de empleo en Europa ha sido muy relativa. La evolución de los índices de empleo y desempleo en la UE ha guardado conexión con la evolución de la economía de la UE, de manera que la recesión de la economía ha significado un empeoramiento de los niveles de empleo.

Esa política comunitaria se orienta preferentemente hacia la instauración en los ordenamientos nacionales de un modelo de Derecho del Trabajo basado en una estrategia de “flexiseguridad defensiva”, que se aparta de la orientación del Derecho del Trabajo clásico garantista encaminado a la “desmercantilización relativa del trabajo”<sup>22</sup>. Se acepta, por el contrario, una mayor mercantilización en la esfera del trabajo a cambio de una pretendida seguridad “externa” en el mercado y los sistemas de protección social. Ese modelo de flexiseguridad se construye sobre la

<sup>22</sup> Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: «El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al «Libro Verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas)», en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 16, 2007; Monereo Pérez, J.L.: “La política europea de “modernización” del Derecho del Trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 48 (2009); y la aportación más completa sobre esta materia, Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, Ponencia, en *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Logroño, 28 y 29 de mayo de 2009, Vol. 1, 2010. De gran interés al respecto, Gorelli Hernández, J.: “Crítica a la flexiseguridad”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 16, enero-junio de 2013, págs. 51-82.

base del primado del principio axial de la eficiencia económica y la competitividad y del vaciamiento paulatino de contenidos esenciales inherentes a lo que es propio del derecho al trabajo, como es el caso de la protección efectiva frente al despido injustificado (a través del cuestionamiento del principio de causalidad y el reconocimiento, más o menos explícito, del despido libre indemnizado) y la otra expresión del principio de estabilidad en el empleo consistente en el respeto a la causalidad en las modalidades de contratación laboral (en virtud de la neutralización del principio de causalidad inherente a las propuestas de “racionalización” y “simplificación” de las modalidades contractuales en la fórmula, más o menos abierta, del denominado “contrato único de trabajo”, que la misma Comisión Europea pudo considerar como medida recomendable para la “modernización” del ordenamiento laboral en una economía abierta y competitiva). Ello no obstante, existe un elemento corrector en la tendencia a favorecer los instrumentos de flexibilidad laboral interna frente al uso de los mecanismos de flexibilidad laboral externa en sus distintas manifestaciones<sup>23</sup>.

Esta revisión del modelo garantista de Derecho del Trabajo tiene la virtualidad de poner en cuestión la doble dimensión del derecho al trabajo, esto es, en su dimensión como estatuto protección del empleo (protección individual frente al despido injustificado o sin causa; vinculación de protecciones sociales al empleo) y como política pública institucional activa (encaminada a la consecución del pleno empleo a través de un conjunto articulado y heterogéneo de medidas). En este orden de ideas, la no consagración explícita en *ius strictum* de un verdadero “derecho al trabajo” en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea puede facilitar ese enfoque liberalizador del “Derecho flexible del trabajo”; un Derecho invertido que tutela preferente el principio axial de eficiencia y competitividad en la lógica de un Estado mercado o de competencia económica, que es también la lógica imperante en la forma geopolítica de la Unión Europea (es lo que está en la base discursiva de las propuestas de “modernización” contenidas

<sup>23</sup> Para una reflexión completa sobre la flexibilidad laboral interna, véase Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J., y Almedros González, M.Á. (Dir.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, salarial, sustancia y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022. Para un estudio de su tratamiento en la negociación colectiva, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F. (Dir.), y López Insua, B.M. (Coord.): *Mecanismos e instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social/ Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2024. En nuestro país, la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, apostó por la flexibilidad laboral interna. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S., y Rodríguez Iniesta, G. (Dir.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Ortiz Castillo, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2022. Una dirección más garantista de la flexibilidad laboral se aprecia, por ejemplo, en la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

en la Comunicación de la Comisión Europea, Libro Verde. Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI<sup>24</sup>, que apuesta más por un Derecho laboral de la producción y de la eficiencia y competitividad de la economía, que una forma típica de Derecho “Social” orientada a la distribución y la democratización de los poderes privados que operan la empresa/mercado; integrando un modelo de Derecho laboral no contradictorio, no conflictual, por su vencimiento cada vez más decidido hacia su preferente tutela de los intereses empresariales y la renuncia a un densa política de desmercantilización relativa del trabajo a través de la garantía de los derechos sociales fundamentales vinculados al empleo y a la persona que trabaja; lo que en el plano jurídico se reconduce también hacia la configuración técnica del contrato de trabajo como un típico “contrato normado” a través de intervenciones públicas y colectivas negociales, que pretende la introducción de un componente estatutario en el contrato de cambio). De ahí su constitucionalización débil, cuando no inexistente como tal, y el simple reconocimiento del “derecho a trabajar” configurado como libertad vinculada a las libertades económicas del mercado interior europeo (resulta harto significativa su ubicación sistemática en el Capítulo II, consagrado a la “libertad”, rechazando su inclusión en el Capítulo IV, relativo a la “solidaridad”). Con ello, se difumina el derecho social al trabajo en el sistema normativo de la Unión Europea, que va más allá de la garantía de libertad al imponer intervenciones públicas de carácter sociolaboral sobre el mercado para hacerlo efectivo y dotar al trabajador de un “estatuto”; es decir, prestaciones positivas a cargo de los poderes públicos en términos de políticas de empleo y de protección social. El derecho a trabajar queda vinculado instrumentalmente más a las libertades económicas del mercado europeo (libre circulación de trabajadores, derecho de establecimiento y libre prestación de servicios) que a la configuración como un derecho propiamente social de participación en la vida económica (como es el derecho al trabajo), reconociendo su valor para la realización de la persona y como contribución a la creación de riqueza en la sociedad democrática. De manera que el derecho a trabajar aparece como desarrollo de la libertad profesional, la libertad de circulación, y la libertad establecimiento, asumiendo, de este modo, una contradictoria configuración de “derecho-función”, que puede entrañar el riesgo de traducirse en una predominante y unidimensional instrumentalización economicista del derecho consagrado.

En el plano jurídico, dicha estrategia de política constitucional ha venido cristalizando actualmente en un nuevo proceso de sectorialización del Derecho Social (utilizando esta expresión en un sentido general y sin adjetivos, como el tipo de Derecho propio y específico del Constitucionalismo o garantismo democrático-social), a saber: el llamado “Derecho del Empleo”, el cual está llamado a instrumentar jurídicamente el derecho al trabajo, el principio constitucional de orientación de las

<sup>24</sup> Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» [COM (2006) 708 - no publicado en el Diario Oficial].

políticas públicas hacia la consecución del pleno empleo (principio rector de la política económica y social) y la organización del mercado de trabajo. Así pues, partiendo del principio jurídico general recogido en el Título IX (“Empleo”) y de los artículos 151 del TFUE y 3.3 del TUE (cfr. Art. 40.1 CE), se puede transitar desde la fase preeminentemente “política” a otra más “juridificada”, que dejaría emerger un auténtico y genuino “Derecho del” empleo (dimensión objetiva o institucional) articulado sobre el “derecho al” empleo (dimensión subjetiva). Como el propio Derecho del Trabajo general, tronco del que se desgaja funcionalmente y al que sobrepasa (pero con el cual establece inevitablemente fuertes vínculos de unión no sólo por varias de sus instituciones y técnicas, sino también porque el Derecho del Empleo todavía se ocupa en su mayor parte del “empleo asalariado”, dada –al menos por el momento– la estructura ocupacional de la población activa), también es en su constitucionalización donde primero podemos encontrar las bases de este conjunto sistemático y heterogéneo de principios y normas sobre el “empleo” que se caracteriza por su transversalidad u horizontalidad, es decir, su carácter de sector del ordenamiento laboral caracterizado, complejamente, tanto por razón de los sujetos, como de las relaciones sociales o de los “objetos” jurídicos. Dada esa transversalidad, las disposiciones reguladoras deberán estar presentes en todos los ámbitos de la actuación de la Unión Europea. Como ha observado nuestro Tribunal Constitucional, “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente... En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica... un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma”<sup>25</sup>.

En estas coordenadas de política del Derecho constitucional, la política de empleo ha afrontado permanente las “crisis del empleo” en sus dos manifestación fundamentales: las normalizadas en el mundo del capitalismo, como crisis “coyunturales” (las cíclicas habituales en el capitalismo como sistema económico y modo de producción) y las “estructurales”, vinculadas éstas hoy en día a la más compleja y amplia crisis del empleo como crisis de la “sociedad salarial” con el emergente desplazamiento progresivo de la “sociedad del trabajo” industrial hacia la “sociedad del riesgo” y de la incertidumbre (“sociedad post-industrial” o “sociedad post-fordista” como se suele denominar). La sociedad del trabajo se había fabricado conforme a criterios de racionalidad y eficiencia. En la sociedad del riesgo, el trabajo como empleo deviene en un bien escaso, y paulatinamente en un “empleo débil” (ocupado por un trabajador “flexible”). Se produce, así, un cambio

<sup>25</sup> STC 22/1981, 2 de julio, fj. 8 [RTC 1981\22], STC 107/1984, de 23 de noviembre [RTC 1984\107] y STC 178/1989, de 2 de noviembre [RTC 1989\178].

axial en la nueva modernidad. Se está operando un proceso de desconstrucción de la empresa tradicional, dispersándola por el espacio circundante, hasta reducir al máximo la diferencia entre los lugares de la actividad productiva organizada y los lugares de la vida social que había sido constitutiva de la primera modernidad económica (desde las dos revoluciones industriales precedentes). (La misma externalización a través del *outsourcing* lo posibilita al poder recurrir a proveedores externos para realizar las actividades necesarias para alcanzar la finalidad de la empresa). La dinámica de la productividad tiende crecientemente a depender de la producción inmaterial y de la utilización de facultades humanas cognitivas (en la lógica de desplazamiento del capitalismo industrial fordista al capitalismo cognitivo flexible, que realza la nueva naturaleza del trabajo, de la función del conocimiento como eje del proceso de creación de riqueza, de las fuentes de valorización y del a estructuras de dominio sobre las cuales se fundamenta el proceso de acumulación y las contradicciones que se operan). Pero también aparecen en este contexto de advenimiento de hechos sociales emergentes otras formas de trabajar diversas a las clásicas y en continua expansión, como las “nuevas” formas de autoempleo, trabajo autónomo, semiautónomo, e incluso “autónomo económicamente dependiente”, que han tendido a “huir” de la aplicación plena de los estatutos protectores pensados principalmente –en los orígenes– para el trabajo como “empleo asalariado”. Y es que, en el capitalismo flexible del presente, el trabajo asalariado es la tipología más relevante de prestación profesional de las existentes, pero no la única. La tendencia va en la dirección de desplazar progresivamente el trabajo asalariado dependiente y con trato por tiempo indefinido por otras formas de trabajo profesional diversas y más precarias. Lo cual está planteando la crisis del modelo de tutela social construido alrededor del trabajo asalariado, estable y a tiempo completo. El fenómeno se puede contemplar desde una doble perspectiva: como reducción numérica del trabajo asalariado dependiente (por tiempo indefinido y a tiempo completo) y como emergencia de nuevas formas de trabajo<sup>26</sup> distintas al trabajo dependiente (donde el trabajo autónomo tiende a adquirir un papel cada vez más relevante). Ambas perspectivas reflejan una fragmentación del mercado de trabajo, que visiblemente se perciben ya con toda nitidez como conjugados en plural, donde coexisten una multiplicidad de subjetividades laborales y profesionales en general. Precisamente, las políticas de flexibilidad y de desmantelamiento –controlado y selectivo– de un amplio conjunto de garantías sociales propician los procesos de precarización del trabajo en sus diversas formas de realización y modos de formalización jurídica.

<sup>26</sup> Monereo Pérez, J.L., y Perán Quesada, S. (Dirs.): *Las nuevas formas de trabajo. Retos y oportunidades para la laboralización de las prestaciones profesionales*, Granada, Comares, 2024. En una perspectiva de análisis sistémico y crítico, Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo II (“Las tendencias evolutivas en la larga duración: del Derecho Social del Trabajo Clásico (Garantista) al Derecho Flexible del Trabajo”), págs. 29 y sigs., y Capítulo IV (“Por un nuevo Derecho del Trabajo garantista en el marco de la construcción de una “Europa Social” basada en la tutela efectiva de los derechos fundamentales”), págs. 213 y sigs.

La realidad es que, en el capitalismo flexible y cognitivo, el trabajo es móvil, inestable y disperso en un espacio productivo que no tiene fronteras especiales y organizativas rígida y tan sólo difusamente definidas. Existe una multiplicidad de formas de contratación y todas ellas tienden hacia la individualización eludiendo toda posibilidad de estandarización. Esa individualización contractual –a través de distintos tipos contractuales– sitúa fácilmente en condiciones de precarización objetiva y subjetiva generalizada para amplias capas de la población activa. Es decir, que los tipos contractuales no sólo formalizan, sino que también propician la precariedad, la cual es al mismo tiempo material y jurídico-formal. Los trabajadores que se encuentran en la “trampa” de la precariedad, acaban padeciéndola como una condición existencial, dentro y fuera del trabajo, entre otras cosas porque con las nuevas formas de trabajo es cada vez más difícil establecer una separación neta entre el tiempo de trabajo y no trabajo, dentro de un tiempo de vida cada vez más mediatizado por la racionalización productiva. Pero aquellos individuos que no están en situación precaria también reciben el efecto psicológico disciplinario –en su forma externa como amenaza, y también en su forma interna como auto-disciplina– de una posible “caída” en la precariedad en cualquier momento.

Todo esto está suponiendo no sólo una redefinición de las políticas sociales, sino también una reconfiguración de las políticas de empleo, las cuales, sin dejar de ocuparse del empleo asalariado, se encaminan también hacia otros ámbitos del trabajo profesional socialmente útil y conflictivo (y, como tal, de relevancia para su regulación por el Derecho conformador de la comunidad política). No es de extrañar que el pilar central de la ordenación legal de la política de empleo (constituido paradigmáticamente, entre otras herramientas normativas disponibles en el ordenamiento jurídico español, por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo) se vincule –directa o indirectamente– ya a la “multiplicidad” de estatutos reguladores del trabajo privado y público (“Estatuto de los Trabajadores” asalariados; “Estatuto del Empleado Público”; “Estatuto del Trabajo Autónomo”), incorporando tutelas y, en lo más específico de ella, establecimiento un sistema institucional y normativo encaminado a la creación y fomento del trabajo profesional en sus diversas expresiones en las sociedades complejas del capitalismo avanzado. El mercado de trabajo –en sentido amplio, comprensivo del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia y autónomo; y no sólo reductivamente como lugar de intercambio neutral, sino lugar de encuentro de poderes económico/sociales– se ha vuelto más complejo, incierto y diverso, y esto ha de tomarse en consideración para verificar el sentido y alcance de una política de empleo eficiente en sociedades complejas y flexibles como son las del capitalismo tardío. En este contexto los vínculos entre la política de empleo y las políticas sociales son más intensos, y en gran medida están siendo redefinidos porque la crisis del empleo estructural y las nuevas formas de empleo precario, requieren que el estatuto del empleo se complemente más intensa y dinámicamente con la articulación de protecciones sociales “estatutarias” no sólo basadas en la posición del trabajador en el empleo o, en su caso, como demandante

de empleo, sino –adicional y complementariamente– en la atribución de derechos sociales de ciudadanía como persona, operándose un doble movimiento en este sentido, que va desde la universalización de ciertos derechos sociales, hasta la atribución singularizada de ciertas protecciones socio-profesionales (*v.gr.*, el Derecho regulador propio del trabajo subordinado –el empleo en su acepción clásica, y el Derecho regulador propio del trabajo autónomo y por cuenta propia).

En todo caso, y es significativa la dirección que están tomando las iniciativas que se vienen adoptando en las últimas décadas, lejos del modelo uniforme o unilateral, el Derecho Social del Trabajo entendido en sentido amplio, heterogéneo y polisistémico (como Derecho del Trabajo Profesional y de la Seguridad Social) ofrece una imagen de diversificación, que se ve intensificada por las medidas adoptadas en el marco del nuevo Derecho Social emergente, atendiendo a las distintas formas de dependencia del trabajador profesional y la multiplicidad de los riesgos y situaciones de necesidad que han de ser abordadas por el Sistema de Seguridad Social (y, en general, por el sistema público de protección social). Es así que el paradigma del empleo se vería completado (más que sustituido) por un paradigma del estado profesional de las personas, que no se encontraría definido exclusivamente conforme al ejercicio concreto de una profesión o de un empleo determinado, sino que englobaría las diversas formas de trabajo que toda persona puede llevar a cabo durante su existencia en la vida activa. Este estatuto profesional de las personas tendría un especial sentido ante la movilidad laboral de las personas (el trabajador móvil), esto es, el continuo cambio de su posición laboral, el empleo precario, el subempleo y, en general, toda esa multiplicidad de formas atípicas de trabajar para otro. En todo caso, conviene advertir que estamos ante formas emergentes de protección social de las personas; un proceso no clausurado, donde se aprecian líneas de continuidad y líneas de cambio, pero que supone una percepción más amplia del trabajo y del empleo profesional. En este orden de ideas, se puede afirmar que el trabajo se ha convertido en trabajo complejo y plural, pero consagrando también mecanismos de seguridad, de ciudadanía y de solidaridad públicamente organizada, ha de ser un elemento de reconstrucción de nuestro propio proceso de convivencia democrática. El trabajo asalariado no desaparecerá, pero será necesario relativizar la centralidad del empleo asalariado como elemento único de conformación de la identidad, del reconocimiento social y de la ciudadanía positiva, de manera que se apueste por un trabajo diverso y socialmente útil, como aportación a la colectividad, como derecho de ciudadanía y como obligación de la comunidad política. En tal sentido, el trabajo mercantil estricto (el que se intercambia por salario en el sector privado), es tan sólo una de las posibilidades sociales de trabajo y además ése es el tipo de trabajo con posibilidades de crecimiento más limitadas por la razón de que es el también el sector más dependiente de los procesos de modernización y de innovación tecnológica. Será posible reconstruir el trabajo a través de la puesta en práctica de una política paralela de redefinición del Estado Social como agente activo, como



defensor del trabajo, como factor relacional, de generación de riqueza social y de remedio de necesidades por encima del propio empleo mercantil. Todo ello conduce a la consideración del trabajo más allá del empleo.

La efectividad de ese “derecho a trabajar” en condiciones dignas exige, entre otras cosas, la realización de una política orientada al pleno empleo, que en el sistema interno de la Carta –como en el Sistema interno de los Tratados originarios de la UE– es a menudo sustituida por la expresión menos ambiciosa –e incluso ambigua– de “alto nivel de empleo”. Esta formulación del “debilitada” del fomento del empleo no es capaz de sustituir funcionalmente a la política de pleno de empleo, pues ésta supone un compromiso de acción pública y, por tanto, una corrección de los mecanismos espontáneos del mercado. Esta formulación de la Unión parece estar funcionarizada a la introducción de mecanismos flexibilizadores del mercado de trabajo europeo, siendo la constitución flexible del trabajo el nuevo paradigma de las políticas de empleo europeas, que implican una subordinación del empleo –como también del trabajo– a las necesidades de la racionalidad económica y sus “imperativos” de competitividad. La constitución flexible del trabajo supone una minoración de las protecciones públicas, laborales y de protección social.

El “derecho a trabajar” requiere también de la organización de los servicios de colocación (“*toda persona –dice el art. 29 CDFUE– tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación*”). Esa protección debe hacerse no sólo en el momento genético de vinculación con el mercado de trabajo, sino que también debe extenderse, en el momento dinámico, durante el desenvolvimiento de la relación de trabajo ya constituida. Debe destacarse al respecto la “protección en caso de despido injustificado” establecida en el art. 30 de la CDFU (dentro del Cap. IV, “solidaridad”), a cuyo tenor “*todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales*”. Esto es importante dados los vientos fríos que corren actualmente con las políticas de máxima flexibilidad, es de advertir que ello constituye una garantía de una limitación para introducir medidas que tiendan al despido “*ad nutum*” o sin causa de los trabajadores, es decir, sin justificado motivo (interesa recordar, igualmente, que el art. 4 del Convenio OIT, núm. 158, establece que “*no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*”).

Dentro de un mercado interior europeo este “derecho a trabajar” –como esfera de “libertad”– no tendría una real virtualidad en la práctica, si al mismo tiempo no se garantiza la libertad económico-profesional básica de libertad de circulación y de residencia (art. 45 CDFUE, en el marco del cap. V, “ciudadanía”). Su ubicación sistemática dentro de la Carta es discutible, pero al menos tiene el aspecto positivo de situar su centralidad dentro del estatuto jurídico de la “ciudadanía de la Unión”.

Sin esa libertad de circulación en el espacio europeo no se puede hablar de un verdadero mercado interior.

Dentro de la lógica del principio de transversalidad, se establece en el TFUE que *“en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”* (art. 9 TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art. III.117)<sup>27</sup>. Aparte de la competencia propia en materia de política de empleo, *“la Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas”* (art. 5.2 TFUE, en relación con el art. 2.3 del TFUE). En lo que incida respecto a su proyección sociolaboral interesa realzar que también *“en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”* (art. 10 TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art. III.118). Conforme al art. 18 (antiguo art. 12 TCE): *“en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”*.

Ahora bien, se insiste, lo que se reconoce es un derecho a trabajar en condiciones dignas, seguras y no discriminatorias. El TFUE introduce el principio de transversalidad de las políticas de la Unión: *“en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”* (art. 8 TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art. III.116). Por otra parte, se establece, igualmente, como se indicó, que *“en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”* (art. 10 TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art. III.118). Ese principio de transversalidad supone un compromiso jurídico-político que el Sistema de los Tratados impone a las instancias políticas de la Unión en defensa de la eficacia del principio de igualdad. Se han de tener en cuenta simétricamente los respectivos artículos 21 (“no discriminación”) y 23 (“igualdad entre hombres y mujeres”). Esta

<sup>27</sup> En la lógica del principio de transversalidad (art. 9 TFUE), los objetivos de empleo se erigen en un objetivo transversal de la política y acciones de la UE. Asimismo, en la definición y ejecución de tales políticas, la UE *“tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación social”* (art. 10 TFUE); así como el objetivo de *“eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”* (art. 8 TFUE).

disposición se inspira en el art. 20 de la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, y en el punto 16 de la Carta Comunitarios de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores) de la Carta (ubicados, significativamente, en el Capítulo III, que titulado “igualdad”).

Se puede ir de lo más amplio, lo más general, a lo más concreto, recordando que la política de empleo es un instrumento adecuado de realización del derecho social al trabajo y de regulación del mercado de trabajo; lo es en nuestro país (v.gr., en nuestra legislación, la relación sistémica entre los artículos 35 y 40 de la CE); lo es también en otros países, en el marco de los Tratados Fundacionales<sup>28</sup>. Este ámbito de la política pública comporta la realización de políticas de control del mercado y de desmercantilización relativa del trabajo. Así, los derechos sociales fundamentales asumen la función general de garantizar posiciones jurídicas de ventaja que el mercado por sí mismo no está en condiciones de satisfacer. Atienden a la satisfacción de situaciones de necesidad de las personas. El trabajo –como elemento de ciudadanía– es en sí mismo un factor de integración social, pero puede ser también, por ello mismo, un factor de exclusión social (en el trabajo, hoy por hoy, se funda la cohesión y la ciudadanía sociales). Los derechos sociales (incluido el derecho al trabajo) como elementos de la ciudadanía, son un presupuesto indispensable para la participación en el Estado democrático y para el ejercicio “efectivo” de los derechos y libertades fundamentales. De ahí su cualidad de derecho de participación en la vida económica y social. Si la política de pleno empleo es el instrumento de realización del derecho al trabajo y este es un factor de integración del individuo en la sociedad democrática (en el proceso social) y condición para la democracia misma, se puede comprender por qué la política de empleo (ampliamente entendida) ha sido considerada como un elemento inherente a la forma política del Estado social contemporáneo. Éste se ha caracterizado muy especialmente por su compromiso con el empleo, y con la desmercantilización relativa del trabajo, pues, como decían Hugo Sinzheimer y Gustav Radbruch, el Derecho social tiene como misión impedir que el hombre sea tratado igual que las cosas<sup>29</sup>. Instrumento también útil es el derecho a la reinserción profesional a través de políticas activas de empleo y de la propia actual de los servicios públicos de colocación. En todo caso, tanto la forma clásica –y más completa y

<sup>28</sup> Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*; Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2022, Capítulo 2, págs. 150 y sigs. Otros capítulos de esta obra inciden en aspectos relevantes sobre la temática aquí tratada.

<sup>29</sup> Sinzheimer, H.: «El problema del hombre en el Derecho», en Sinzheimer, H.: *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. F. Vázquez Mateo, Madrid, MTSS, 1984, págs. 110 y sigs.; Radbruch, G.: *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. Aníbal del Campo, revisión, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social” (pp.IX-LXIII), a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, págs. 3 y sigs., y 17 y sigs.

correcta– del art. 35.1 CE, como en la más débil –del “derecho a trabajar”– del art.15.1 CDFUE, no supone el reconocimiento de un derecho social fundamental a un trabajo concreto, específico, sino tan sólo un derecho social fundamental de acceso efectivo a posibilidades de empleo profesional. Se debe garantizar una oportunidad de trabajo, porque si una persona está en condiciones de trabajar, el no tener la posibilidad de acceder a una oportunidad de empleo afecta a su derecho al libre desarrollo de su personalidad plena. Además, esa falta de posibilidad incide, igualmente, en el derecho a la existencia digna cuando, aparte de esa falta de predisposición de medios, no se garantiza el derecho a un mínimo vital a la persona privada de empleo (que es un derecho social fundamental mínimo<sup>30</sup>).

Es más: se trata de un elemento nuclear de esta forma de Estado social evolucionado. El concepto de constitución democrático-social del trabajo remite a la consideración de éste como un componente fundamental de la estructura de la sociedad democrática base de la producción social. Interesa recordar que el keynesianismo introdujo una nueva concepción de la gestión económica y del empleo, y puso de relieve que la economía no tiene una existencia aislada respecto de la política y del Derecho, aunque también las ideas económicas guían la política. Partía, sobre todo, de ese compromiso activo del Estado para realizar efectivamente el derecho al trabajo que tan importante parece dentro del sistema democrático en su conjunto. También es oportuno recordar –como elemento más próximo de comprensión de su significación político-jurídica– los famosos Informes Beveridge, cuyo eje central, muy especialmente, el informe sobre el empleo era, precisamente, el propio derecho al trabajo. Son, éstos, elementos de comprensión importantes a tener en cuenta en todo momento.

En esta perspectiva, cabe interrogarse sobre cuál es el concepto de política de empleo que mejor se corresponda con la realidad normativa actual. Necesariamente se ha de formular un concepto amplio, si, en verdad, se desea entender las distintas intervenciones públicas (y privadas) en esta materia. Se puede hablar de la política de empleo haciendo referencia al conjunto de decisiones y acciones públicas que tienen como finalidad esencial la consecución del equilibrio satisfactorio entre la oferta y la demanda de trabajo (en sus aspectos cuantitativos y cualitativos o de calidad), la protección de las situaciones de desempleo y, asimismo, el conjunto de todas aquellas políticas públicas de acompañamiento necesarias.

La última fase del proceso de institucionalización jurídico-política de *la política de empleo y del Derecho comunitario del empleo* viene representada por su tratamiento en el Sistema de los Tratados de la Unión Europea. Se puede estudiar el bloque normativo de esa regulación “constitucional” desde una doble perspectiva<sup>31</sup>:

<sup>30</sup> Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: “La política europea de empleo para el trabajo en el siglo XXI”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 175 (2015).

<sup>31</sup> Monereo Pérez, J.L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar (artículo 15)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la*

1ª) En la perspectiva “subjetiva”; esto es, los derechos del empleo como derechos sociales de ciudadanía (derechos individuales). En esta perspectiva destaca el reconocimiento del derecho al trabajo. El derecho al trabajo es un derecho de cada individuo a procurarse los medios de sostenimiento vital a través del desarrollo de un trabajo libremente elegido o aceptado. Este derecho al trabajo es una condición esencial para la garantía de la dignidad y libertad de cada individuo. No obstante, lo que se consagra en el art. 15.1 es la fórmula débil del “derecho a trabajar”, en el sentido de que “toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada”. A diferencia de esta formulación la Carta Social Europea Revisada (Estrasburgo, 3 de mayo de 1996, Consejo de Europa. Consejo de Europa), garantiza en el art. 1 la formulación más fuerte del “derecho al trabajo” en la tradición de la cultura de los derechos del constitucionalismo democrático-social. Pero además dotándolo de un contenido esencial y de garantías de efectividad en su realización. “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A reconocer como uno de sus principios objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo. 2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. 3. A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores. 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas*”. Así, el derecho al trabajo involucra la protección contra el despido injustificado y la garantía de condiciones de trabajo dignas y adecuadas, es decir, incorpora, igualmente, el derecho a una ocupación efectiva y adecuada. El apartado 2 remite al derecho a la existencia digna a través del trabajo, pero aunque este precepto no contempla en sí el derecho a una renta mínima de ciudadanía o renta básica, no debe olvidarse que esta podría tener un amparo, ciertamente “difuso” y “debilitado” (entre otras cosas por su carácter condicionado a la falta de recursos económicos y también porque no le dota de un contenido mínimo esencial, sino que se remite a las modalidades de reconocimiento legislativo), en el art. 34, relativo a la Seguridad Social y Ayuda Social, en el cual se establece que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales” (apartado 3).

El hecho de que la CDFUE no haya reconocido el “derecho al trabajo” en sentido estricto, sino el diferenciado “derecho a trabajar” es criticable, y parece querer indicar cierta autolimitación del intervencionismo público en un contexto competencial en el que todavía la Unión encomienda la política del trabajo a la

*Unión Europea*, Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012, págs. 331-374, en particular págs. 343 y sigs.

competencia de los Estados miembros. La cuestión es relevante porque el derecho al trabajo –así como el ejercicio libre de una profesión– es un aspecto necesario para la propia realización de la persona como “persona social”. No es difícil entrever los motivos subyacentes al no reconocimiento del “derecho al trabajo” en el sistema de la Carta y de los Tratados fundaciones revisados en virtud del Tratado de Lisboa. Por un lado, se trata de un derecho cuyo desarrollo corresponde a los países miembros; y, por otro, se piensa que el derecho al trabajo está subordinado al principio de la economía de mercado garantizado en la constitución económica europea. Por el contrario, el “derecho a trabajar” presenta un contenido más impreciso –e incluso ambiguo–, pues acentúa la idea de “empleabilidad” (como posición de derecho-deber; o derecho función), la capacitación de los trabajadores en el sentido de responder a las exigencias de las transformaciones tecnológicas y organizativas de las empresas, y un tipo de tutela a través de políticas económicas encaminadas a asegurar a quien busca trabajo, o busca conservar el trabajo, iguales puntos de partida, pero no de llegada. No se ha considerado relevante el derecho al trabajo como factor de integración y de participación en el producto social. Ello representa una decisión política de reconocimiento de un derecho que se sitúa por debajo de los niveles de protección consagrados en el estándar mundial de derechos sociales fundamentales y, por supuesto, en el estándar de derechos ya consagrados en los Estados miembros más avanzados, en cuanto situados en el movimiento histórico del constitucionalismo democrático-social.

Desde este punto de vista, el derecho al trabajo (incluso en la fórmula debilitada del “derecho a trabajar”) es un derecho de inclusión social. En esta materia se garantiza la clásica libertad de circulación de personas y servicios dentro de la Unión (que incluye derechos de colocación: art. 29 CDFUE. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, los trabajadores tendrán derecho a: a) responder a ofertas efectivas de trabajo; b) desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; libertad profesional y derecho a trabajar (toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión elegida o aceptada. Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro...; art. 15); derecho de acceso a los servicios de colocación (toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación; art. 29. “Derecho de acceso a los servicios de colocación”). En la CDFUE, el principio solidarista en que se enmarca este derecho se traduce en una obligación de predisponer una concreta iniciativa de organización y gestión de servicios de empleo. Pero, además, se impone que todo individuo tiene derecho de acceder a un servicio de colocación gratuito. Por tanto, se establece una concreta iniciativa de sostenimiento público del servicio de colocación (que ha de ser gratuito), con independencia de la existencia paralela de agencias o servicios de empleo de carácter privado, toda vez que la gratuidad del servicio no parece implicar necesariamente la naturaleza pública del mismo, ni tampoco presupone la necesidad de establecer un monopolio público de

los servicios de colocación. El poder público debe asumir una función pública de colocación, y organizar, en su caso, un funcionamiento eficiente tanto del servicio público como de las agencias privadas de colocación. Es así que el derecho de acceso a los servicios de colocación es estrictamente un derecho de carácter instrumental al preferente derecho a trabajar previamente garantizado. Es decir, se trata de un derecho instrumental al derecho al trabajo y a la inclusión social. Cuestión de la cual se ocupa después con más detenimiento el art. 29 de la Carta UE. Todo eso está dentro del programa normativo. De manera que, en materia de derechos individuales, configurados como derechos sociales, el empleo está, en cierta medida y en términos generales, correctamente reconocido. Se contemplan como derechos sociales de ciudadanía. Está ausente una auténtica política de inmigración que se encamine doblemente, y por este orden, a la integración social de los inmigrantes y al control de los flujos migratorios.

2ª) En la perspectiva “objetiva e institucional” de las políticas públicas comunitarias del empleo; es decir, en la ordenación del principio de heteronomía o intervencionismo público en materia de empleo para garantizar la plena efectiva de aquéllos. Aquí cabe realzar el núcleo de obligaciones positivas de intervención públicas y el aparato institucional preordenado para hacerlas valer en la práctica (Comité de Empleo y Fondo Social Europeo, especialmente). Quiere esto decir, que se refleja el compromiso activo del poder público para crear las condiciones más favorables para que se garantice el derecho al empleo. Y, efectivamente, se formulan principios que garantizan la heteronomía pública, el intervencionismo público; y ello se refleja en el establecimiento de obligaciones positivas recogidas en el texto constitucional que se imponen a las autoridades comunitarias en esta materia, y, asimismo, en la misma predisposición de todo un aparato institucional para hacerlas valer. Es decir, este bloque está caracterizado por el establecimiento de un intervencionismo público, que constituye un elemento institucional; a saber: un conjunto de instituciones que tratarían de realizar políticamente el derecho al trabajo, y los derechos vinculados al mismo.

En el sistema de los Tratados de la UE (cfr. artículos 1 TUE y 1.2 TFUE) se consagra la coordinación de las políticas económicas y de empleo (Cap. 1 del Título VIII del TFUE, artículos 120 y ss.), respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia (art. 120). La ordenación normativa surgida a partir del Tratado de Lisboa refuerza la línea de “comunitarización” o “europeización” de las políticas de empleo.

Dentro los ámbitos específicos, el Título IX se dedica al “Empleo”, que contiene una suerte de “positivaciones específicas” de la Carta de los Derechos Sociales de la Unión Europea en lo relativo al empleo. Lo relevante es que ahora se positivizan en concreto y se garantizan normativamente también en esos contenidos más específicos. Muy descriptivamente, pero para que se pueda vislumbrar el panorama normativo:

En primer lugar, se consagra la conocida Estrategia coordinada para el empleo (art. 145): *“los Estados miembros y la Unión se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vista a lograr los objetivos definidos en el art. 3 del TUE”*. A través de este cauce europeo, se coordinan las políticas nacionales de empleo de los países miembros de la Unión, porque gran parte de la materia relativa al empleo continúa siendo competencia de los Estados individuales, que deberán coordinar sus políticas con la estrategia coordinada de empleo diseñada en el ámbito de la Unión en el marco de las políticas económicas (cfr. artículos 121, apartados 2 y 3, y 146.1 del TFUE, a cuyo tenor: *“los Estados miembros, mediante sus políticas de empleo, contribuirán al logro de los objetivos contemplados en el art.145, de forma compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión adoptadas con arreglo al apartado 2 del art. 121”*). Así, paradigmáticamente, el art. 6 (“Planificación de la política de empleo”) de nuestra Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, establece que la política de empleo se desarrollará, dentro de la planificación de la política económica en el marco de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Añadiendo que en el ámbito de competencia estatal corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo, en el marco de los acuerdos adoptados por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, la planificación de la política de empleo a desarrollar por la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de ámbito autonómico, teniendo en cuenta la Estrategia Europea de Empleo.

Vinculación de las políticas de empleo con las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión; vinculación que se hace explícita en el sistema constitucional europeo (art. 121 TFUE). Sin embargo, esa vinculación parece entrañar el riesgo de supeditar las políticas de empleo a las políticas económicas, que siguen siendo la prioridad en el marco de la Unión Europea. Ello refleja la preferencia de la constitución económica sobre la constitución social en la construcción de la Unión Europea.

Consideración del fomento del empleo como un asunto de interés común y coordinación de las actuaciones de los Estados miembros en este sentido (art. 146 TFUE).

La Unión contribuirá a un alto nivel de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, así como y, en caso necesario, complementando sus respectivas actuaciones. Al hacerlo, se respetarán plenamente las competencias de los Estados miembros (art. 147 TFUE). En verdad, que en ese sentido hay que decir que se ha vuelto a rebajar un poco el objetivo. Es decir, el alto nivel de empleo está hoy en el Sistema de los Tratados, pero la Cumbre de Lisboa (y los Consejos Europeos posteriores) habían hecho referencia ya al pleno empleo. Sin embargo, parece que la Unión Europea no quiere comprometerse hasta



ese punto, y adopta frecuentemente el objetivo más modesto, considerado como más prudente, de un alto nivel de empleo, no equiparable a una situación técnica de pleno empleo. Al mismo tiempo, como se hará notar después, se realiza todavía que las políticas de integración por el empleo seguirán rigiéndose por el principio de subsidiariedad. Por lo demás, se afirma la transversalidad de las políticas comunitarias encaminadas a alcanzar un alto nivel de empleo: “*al formular –dice el art. 147.2 TFUE– y aplicar las políticas y medidas comunitarias deberá tenerse en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo*” (véase, asimismo, el art. 3.3 TUE). Las políticas públicas de empleo van a continuar siendo preferentemente nacionales, pero van a estar coordinadas desde la Unión, pudiendo el Consejo establecer orientaciones –directrices– que los Estados miembros tendrán en cuenta en la elaboración de sus respectivas políticas de empleo. En esta materia rige el principio de subsidiariedad, en virtud de cual la Unión sólo deberá intervenir en aquellos aspectos en los que las políticas nacionales se muestren menos efectivas y convenientes a los fines de la construcción del espacio europeo.

También se indica que el Consejo Europeo examinará anualmente la situación del empleo en la Unión y adoptará conclusiones al respecto, basándose en un informe conjunto anual elaborado por el Consejo de Ministros y la Comisión (art. 148 TFUE). Se trata de la instauración de un Sistema de “control débil” de carácter anual.

El Consejo de Ministros adoptará por mayoría simple una decisión europea por la que se cree un Comité de Empleo de carácter consultivo para fomentar la coordinación entre los Estados miembros en materia de políticas de empleo y del mercado laboral. Se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo (principio de subsidiariedad) (art. 150 TFUE). Se formaliza jurídicamente una institución, que actualmente tiene ya calado, cual es el Comité de Empleo. Se institucionaliza la política de empleo, lo que se refuerza con la creación de un Comité de Empleo de carácter consultivo para fomentar la coordinación entre los Estados miembros en materia de política de empleo y del mercado laboral. Este organismo puede crearse por decisión del Consejo, por mayoría simple, previa consulta al Parlamento Europeo. Sus funciones son las siguientes: a) supervisar la situación del empleo y las políticas en materia de empleo de los Estados miembros y de la Unión; b) elaborar, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 240, dictámenes a petición del Consejo, de la Comisión o por propia iniciativa, y contribuir a la preparación de las medidas del Consejo a las que se refiere el art. 148. Para llevar a cabo su mandato, el Comité deberá consultar a los interlocutores sociales. Cada uno de los Estados miembros y la Comisión designarán dos miembros del Comité (art. 150 TFUE).

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento ordinario, podrán adoptar medidas de fomento para alentar la cooperación entre los Estados miembros y apoyar la actuación de estos últimos en el ámbito del empleo, a través de iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, innovadores y evaluar

experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto. Pero se matiza que estas medidas no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (art. 149 TFUE).

Aunque en un Título separado del relativo al empleo, el Título XII del TUE regula la “Educación, formación profesional, juventud y deporte” (artículos 165 y 166), pero es evidente que la formación profesional constituye una de las acciones típicas de las políticas integrales de empleo (v.gr., artículos 1 y 2 de Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo). Se establece que *“la Unión desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación”* (En concreto, *“la acción de la Unión se encaminará a: facilitar la adaptación a las transformaciones industriales, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales; mejorar la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral; facilitar el acceso a la formación profesional y favorecer la movilidad de los educadores y de las personas en formación, especialmente de los jóvenes; estimular la cooperación en materia de formación entre centros de enseñanzas y empresas; incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados miembros”* (art. 166.2 TFUE). Debe realizarse que se trata de la atribución de una competencia directa a las instituciones de la Unión, bien sea que encaminada a reforzar y completar las acciones llevadas a cabo por los países miembros.

Al campo específico de la política social se destina todo el Título X del TFUE (“Política social”). Constituye una premisa obligada anotar que en el Sistema de los Tratados de la UE se establece una vinculación en las políticas de empleo y las de protección social. En efecto, conforme al art. 3.3 TUE, la Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en una economía social de mercado altamente competitiva tendente al pleno empleo y al progreso social. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros (art. 2.3 TUE; art. 151 TFUE).

Se ha superado ya la idea de una aproximación supuestamente espontánea en materia social a través del libre funcionamiento del mercado. De ahí que se indique que la evolución positiva de la Unión *“resultará tanto del funcionamiento del mercado interior que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”* (art. 151, último párrafo, del TFUE). Con ello parece dejarse atrás la utopía liberal del mercado autorregulado y de la visión del liberalismo naturalista. El mercado es un *“locus artificiales”*

no un “*locus naturales*”<sup>32</sup>. Los mercados tienen un carácter institucional, pues en sociedades jurídicas son intensamente intervenidos, aunque desde diversas opciones de política del Derecho de la economía. Es un hecho históricamente verificable la construcción artificial del mercado, lo que expresa su “politicidad” y en gran medida su “juridicidad”. Esto supone que el Sistema de los Tratados parece acercarse más hacia ciertos postulados del llamado “liberalismo social” o, al menos, admitir cierta inspiración de su filosofía social, aunque es innegable en la coyuntura actual la orientación global hacia esquemas de organización política y jurídica más propios del neoliberalismo.

Tampoco es baladí hacer notar la auto vinculación como instrumentos de inspiración de la Unión y de los Estados miembros al conjunto de las Cartas Sociales vigentes en Europa: “*la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961*”<sup>33</sup>, y en la Carta comunitaria de

<sup>32</sup> Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: “La organización jurídica del capitalismo (Parte I): Constitución Económica y Estado Social de Derecho. (2024). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum, 10*, 279-333. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/942>; *Ibid.*, La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía. (2024). *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, laborum, 11*, 161-224. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/995>, donde se pone de manifiesto la dialéctica del mercado (incluido los mercados de trabajo) entre “lo dado” y “lo construido” a través de las Políticas públicas y el Derecho que las instrumenta y materializa en tipos normativos y categorías jurídicas; haciendo referencia también a las a Karl Polanyi, Thorstein Bunde Veblen, George Ripert, John Maynard Keynes, Friedrich August von Hayek, Francesco Carnelutti, Natalino Irti, etcétera. De interés, Monereo Pérez, J. L. (2022). “El Institucionalismo americano y la Escuela de Economía del Trabajo y de las Relaciones Laborales: Thorstein Bunde Veblen y la Escuela de Wisconsin”. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (5), 20–49. <https://doi.org/10.24310/rejls.vi5.15043>, *Ibid.*, *La teoría de la empresa moderna: la aportación de Thorstein Veblen*. (2023). *Revista Crítica De Relaciones de Trabajo, laborum, 8*, 41-66. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/816>

<sup>33</sup> Téngase en cuenta la nueva versión de la Carta Social Europea Revisada de 1996 y el Protocolo de Reclamaciones Colectivas. Por cierto, España ha ratificado esta versión de la Carta y el Protocolo de reclamaciones colectivas. Un estudio completo de la Carta Social Europea Revisada, en Monereo Atenza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, espec., Parte II (“Carta Social Europea”), págs. 361-1005; Salcedo Beltrán, C. (Dir.): *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; Jimena Quesada, L. Y Salcedo Beltrán, C.: “Desafíos para la protección de los derechos sociales en Europa: la Carta Social Europea”, *Revista de Administración Pública*, vol. 47, 2016; Jimena Quesada, L.: “Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018; Jimena Quesada, L.: “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019; Jimena Quesada, L.: “La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la

*los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989*<sup>34</sup>, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de hémelo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones” (art. 151 TFUE). De este modo, corresponde al ordenamiento jurídico de la Unión garantizar los derechos del empleo, pero se es consciente que su garantía efectiva no es exclusivamente formal, pues exige de la instrumentación de políticas activas de empleo a todos los niveles del espacio económico-social europeo. Estas garantías jurídicas y político-institucionales forman parte del concepto internacional de “trabajo decente” (trabajar con derechos dotados de efectividad jurídica e impulso de las políticas públicas, que ponen límites a la mercantilización del trabajo). Sólo vinculando derecho al trabajo y políticas públicas encaminadas a alcanzar el pleno empleo se dota al derecho de su contenido esencial que le convierte en un derecho social de “desmercantilización” incorporando necesariamente prestaciones positivas por parte de los poderes públicos como garantía y condición de posibilidad del derecho (art. 53.1 CE). La juridización de este ensamblaje derecho-política pública de empleo es lo que posibilita una concepción garantista del “Derecho del Empleo”, estructurado sobre la base del derecho al trabajo y del necesario equilibrio entre la racionalidad social y la racionalidad económica en la organización del buen funcionamiento del “mercado de trabajo”<sup>35</sup>. La política de empleo siempre ha estado vinculada, desde los orígenes del Estado Social, a la política económica y a la política social<sup>36</sup>.

La Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones entre los ámbitos de la política social

pandemia de Covid-19”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 460, 2021; Monereo Pérez, J.L.: La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia. (2022). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 4, 215-326. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622>

<sup>34</sup> La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores establece, en su art. 1, que los Estados miembros tienen el objetivo de alcanzar un alto y estable nivel de empleo, lo más cercano posible al pleno empleo.

<sup>35</sup> Monereo Pérez, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de ‘desmercantilización’”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995), págs. 7-46; *Ibid.*, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, Capítulo 1.2, págs. 27 y sigs., y Capítulo II, págs. 45 y sigs.

<sup>36</sup> Beveridge, W.H.: *Pleno empleo en una sociedad libre. Informe II* (1944), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988; Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: “Comentario a los artículos 35.1 y 40 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002; Molina Hermosilla, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Sevilla, Mergablum Edición-CARL, 2005. Asimismo, Monereo Pérez, J.L., Monereo Pérez, M., y Ochando Claramunt, C.: “Keynesianismo y políticas económicas

tratados en la presente sección, particularmente en materias relacionadas con: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo, c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; la información y la consulta a los trabajadores; f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión; h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio de las disposiciones del art. 166; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c) (art. 153 TFUE). Para llevar a cabo estos ámbitos de intervención se contemplan dos tipos de iniciativas: a) En primer lugar, el Parlamento Europeo y el Consejo “podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. b) En segundo lugar, el Parlamento Europeo y el Consejo “podrán adoptar en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitaron establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas” (art. 153.2 TFUE). En todo caso, los procedimientos decisorios son distintos en atención a la naturaleza de las materias: En principio, “el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones”. Ahora bien, “en los ámbitos mencionados en las letras c), d) y g) del apartado 1 del presente art., el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités”. Aunque, “el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá decidir que el procedimiento legislativo ordinario sea aplicable (también) a las letras d), f) y g) del apartado 1” (cfr. Art. 153.2 TFUE). Lo que hará muy difícil legislar a través de Directa en las materias de: seguridad social y la protección social de los trabajadores;

y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, en *Revista Sistema*, núm. 155-156 (2000); Monereo Pérez, J.L.; “John Maynard Keynes (1883-1946): La política económica como Elemento de Sostenibilidad del Estado del Bienestar”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 39 (2024), págs. 309-394; *Ibid.*, *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011. Asimismo, Esping-Andersen, G.: *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 1998.

protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral (lo que hará muy difícil garantizar efectivamente el principio de justificado motivo del despido consagrado en la CDFUE); la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; y las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión. Ello supondrá en la práctica que las iniciativas legislativas al respecto continuarán estando residenciadas en el ámbito de los Ordenamiento jurídicos de los países miembros. En todo caso, la política social es configurada en el Sistema de los Tratados como una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros.

En todo caso, las medidas de Seguridad Social y de Protección Social sólo podrán ser adoptadas, con arreglo al procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo (lo reitera el art. 20.3 TFUE). Por lo demás, en materia de política social tiene un juego especialmente relevante el principio de subsidiariedad. Según el art. 5.3 TUE: “en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”. En tal sentido “las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo” (art. 5.3 TUE). Igualmente, incidirá el principio de proporcionalidad, en cuya virtud “el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad” (art. 5.4 TUE) (el “Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, se anexó al Sistema de los Tratados de la UE en virtud del Tratado de Lisboa. En él se establecen las condiciones de aplicación de ambos principios enunciados en el art. 6 del TUE. Consta de 9 artículos).

Se da, nuevamente, un respaldo a lo que ha sido una institución clásica y altamente relevante en la política comunitaria de empleo: el Fondo Social Europeo. Este organismo adquiere un papel cada vez más central. Para mejorar las posibilidades de empleo y de los trabajadores en el mercado interior y contribuir así a la elevación del nivel de vida, se crea un FSE destinada a fomentar, dentro de la Unión, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales. La Comisión administrará el Fondo. Las medidas

de aplicación relativas al FSE se establecerán mediante leyes europeas, que se adoptarán previa consulta al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social (artículos 162 a 164). Con todo se puede decir que el FSE asumiría, en cierta medida, un papel relevante en lo que son políticas activas de empleo y en esa idea de empleabilidad. Lo que aporta es que, además, incorpora un medio adecuado; a saber: inserta una línea de financiación que es campo propio. Pero no es sólo una entidad de financiación tal como está planteado aquí, sino que más bien, se viene a configurar como organismo gestor de políticas de empleo. Esto es lo que debe ser realizado, junto con el acompañamiento de una herramienta incisiva, como es la línea de financiación en su poder.

Hay que tener en cuenta que la financiación de la política de empleo constituye uno de los puntos cruciales de la misma. Dicha política se despliega en numerosas facetas a través de acciones positivas “prestacionales” de las Administraciones Públicas, y para ello requiere de recursos financieros. En este sentido, la Unión Europea ha venido articulando instrumentos financieros destinados a cofinanciar en los Estados Miembros las intervenciones regionales, se trata de los denominados Fondos Estructurales en sus diversas variantes, como manifestación del principio de cohesión económica y social. La propia gestación de la Estrategia Europea de Empleo ha supuesto la introducción de reformas en la regulación de los Fondos Estructurales (FSE y FEDER) e incluso del BEI (Banco Europeo de Inversiones) al objeto de apoyar proyectos de implementación de la EEE. Los “Fondos” europeos se constituyeron con la finalidad de vencer los desequilibrios económicos y sociales existentes en el territorio de la UE. Dentro de ellos, el Fondo Social Europeo ha constituido un adecuado instrumento de financiación para las políticas nacionales de empleo.

El art. 162 TFUE, el Fondo Social Europeo (FSE) se crea para mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado interior y contribuir así a la elevación del nivel de vida destinado a fomentar, dentro de la Unión, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales. La administración del FSE corresponde a la Comisión que, en dicha tarea, estará asistida por un Comité, presidido por un miembro de la Comisión y compuesto por representantes de los Gobiernos, de las organizaciones sindicales de trabajadores y de las asociaciones empresariales (art. 163 TFUE).

El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, los reglamentos de aplicación relativos al FSE (art. 164 TFUE). En el momento presente, rige el Reglamento (UE) n.º. 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º. 1081/2006 del Consejo.

El derogado Reglamento 1081/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativo al Fondo Social Europeo (por el que se deroga el Reglamento 1784/1999), vigente para el período 2007-2013, conforme a las disposiciones generales relativas a los “Fondos” (estructurales y de cohesión), establecía que el FSE apoyará acciones en el marco del objetivo de “convergencia” (para las regiones menos desarrolladas) y del objetivo “competitividad regional y empleo” (que trata de anticipar y promover los cambios económicos para hacer frente a los retos). En un plano más concreto, el FSE tenía por objetivos (art.1.1 Reglamento 1081/2006) contribuir a “ejecutar las prioridades de la Comunidad por lo que respecta al refuerzo de la cohesión económica y social mejorando el empleo y las oportunidades de trabajo, favoreciendo un alto nivel de empleo y la creación de más y mejores puestos de trabajo”; para ello, “apoyará las políticas de los Estados miembros destinadas a alcanzar el pleno empleo y la calidad y la productividad en el trabajo, a promover la inclusión social, en particular, el acceso de las personas desfavorecidas al empleo, y a reducir las disparidades nacionales, regionales y locales en materia de empleo”. En particular, el FSE “apoyará las acciones que se ajusten a las medidas adoptadas por los Estados miembros sobre la base de las directrices adoptadas en el marco de la Estrategia Europea de Empleo, tal como se han incorporado a las directrices integradas para el crecimiento y el empleo, y a las recomendaciones que las acompañan”. En la realización de dichas funciones, el FSE respaldará las prioridades de la Comunidad derivadas de la “necesidad de reforzar la cohesión social, aumentar la productividad y la competitividad, y propiciar el crecimiento económico y un desarrollo sostenible”; para ello, el FSE “atenderá a las prioridades y objetivos pertinentes de la Comunidad en materia de educación y formación, al incremento de la participación de las personas económicamente inactivas en el mercado de trabajo, a la lucha contra la exclusión social, en particular de grupos desfavorecidos, tales como las personas con discapacidades, al fomento de la igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación” (art. 2.2 Reglamento 1081/2006).

En la lógica de la realización de los objetivos de “convergencia” y de “competitividad regional y empleo”, el FSE apoya acciones en los Estados miembros encaminadas a dar respuesta a las prioridades siguientes: mejorar la capacidad de adaptación de los trabajadores, las empresas y los empresarios, con objeto de aumentar de esta manera la previsión y la gestión positiva del cambio económico; facilitar el acceso al empleo y la inserción duradera en el mercado de trabajo de las personas inactivas y de las que buscan trabajo; evitar el desempleo, en particular el desempleo de larga duración y el desempleo de los jóvenes; apoyar el envejecimiento activo y la prolongación de la vida laboral; incrementar la participación en el mercado laboral; potenciar la integración social de las personas desfavorecidas con vistas a su inserción duradera en el empleo; luchar contra todas las formas de discriminación en el mercado de trabajo; reforzar y ampliar el capital humano; promover las asociaciones. Por lo demás, en el marco del objetivo



de “convergencia”, el FSE respalda las siguientes prioridades: más inversión en capital humano, con reformas en los sistemas de educación y formación, y una mayor participación en la educación y el aprendizaje permanente y en el desarrollo del potencial humano en el ámbito de investigación y la innovación; mejora de la capacidad y la eficacia institucionales, con objeto de contribuir a la buena gestión.

Por otra parte, los Estados miembros deberán cerciorarse de que las acciones apoyadas por el FSE sean coherentes con la Estrategia Europea de Empleo y contribuyan a las acciones emprendidas en virtud de ella; además los Estados miembros concentrarán la ayuda en la aplicación de las recomendaciones pertinentes sobre el empleo (art. 4.1 Reglamento 1081/2006). La ayuda del FSE en este ámbito se proyectará y aplicará al nivel territorial apropiado, teniendo en cuenta los niveles nacional, regional y local, con arreglo a los mecanismos institucionales propios de cada Estado miembro. Además, los Estados miembros garantizarán la participación de los interlocutores sociales y la oportuna consulta y participación de otros interesados, al nivel territorial apropiado, en lo que atañe a la preparación, la aplicación y el seguimiento de las ayudas del FSE (art.5 Reglamento 1081/2006).

Toda la línea de intervención del FSE se enmarca en las disposiciones del Reglamento 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión. La misión del Reglamento es reforzar la cohesión económica y social para impulsar en las regiones de la Unión Europea (UE) un desarrollo armónico, equilibrado y sostenible. La política de cohesión europea debe hacer frente a los desafíos que representan las disparidades económicas, sociales y territoriales, la aceleración de las reestructuraciones económicas y el envejecimiento de la población. La norma circunscribe el marco en el que se inscribe la política de cohesión (incluidas las directrices estratégicas comunitarias para la cohesión, el crecimiento y el empleo); los objetivos a los que deben contribuir los Fondos Estructurales y los Fondos de Cohesión; los criterios para que los Estados miembros y las regiones puedan recibir subvenciones de los Fondos; los recursos financieros disponibles y los criterios que rigen su asignación; y fija los principios y las normas aplicables en materia de cooperación, programación, evaluación, gestión, seguimiento y control, partiendo del principio de responsabilidad compartida entre los Estados miembros y la Comisión.

Nótese que el objetivo de “convergencia” tiene por objeto acelerar la convergencia de las regiones y los Estados miembros menos desarrollados mediante la mejora de las condiciones de crecimiento y empleo. Se destina a los Estados miembros y las regiones menos desarrollados. Los ámbitos de intervención serán el capital físico y humano, la innovación, la sociedad del conocimiento, la capacidad de adaptación a los cambios, el medio ambiente y la eficacia administrativa. Se financiará a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el FSE y el Fondo de Cohesión. Por su parte, el objetivo de “competitividad regional y empleo” trata de reforzar la competitividad, el empleo y la capacidad de atracción

de las regiones no incluidas en el grupo de regiones menos favorecidas. Este objetivo debe permitir anticipar los cambios económicos y sociales y fomentar la innovación, la iniciativa empresarial, la protección del medio ambiente, la accesibilidad, la capacidad de adaptación y el desarrollo de mercados de trabajo que favorezcan la integración. Se financiará a través del FEDER y del FSE. Finalmente, el objetivo de “cooperación territorial europea” pretende reforzar la cooperación a nivel transfronterizo, transnacional e interregional. Este objetivo se financiará a través del FEDER; se trata de hallar soluciones comunes en el sector del desarrollo urbano, rural y costero, el desarrollo de las relaciones económicas y la creación de redes de pequeñas y medianas empresas (PYME), para las autoridades que se encuentren geográficamente próximas. La cooperación se centrará en la investigación, el desarrollo, la sociedad de la información, el medio ambiente, la prevención de los riesgos y la gestión integrada de los recursos hídricos.

Corresponde al Consejo adoptar las Directrices estratégicas comunitarias en materia de cohesión, donde se definen las prioridades y los objetivos de la política de cohesión. De este modo, contribuyen en la coherencia y en la eficacia de la aplicación de los Fondos Estructurales. Conforme a tales directrices, los Estados miembros adoptan un “marco estratégico nacional de referencia”, que sirve de base para la programación de las acciones financiadas por los Fondos, y que debe garantizar la coherencia de la actuación de los Fondos con las orientaciones estratégicas diseñadas en el ámbito de la Unión.

Ahora bien: el mismo análisis de las posibles iniciativas en materia de política social sitúa el problema de que las relaciones entre políticas económicas y políticas sociales en una dirección que subordinación de éstas a aquellas. Carácter subordinado que se refleja de modo harto expresivo cuando se establece que “*los Estados miembros, mediante sus políticas de empleo, contribuirán al logro de los objetivos contemplados en el art. 145, de forma compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión adoptadas con arreglo al apartado 2 del art. 121*” (art.146.1 TFUE). Lo que, en puridad, poco se avendría a la idea armonizadora de racionalidades (económicas y sociales) declarada por el art. 151, último párrafo del TFUE.

De cualquier modo, es evidente que, aun con haberse aprobado (y entrado en vigor) la revisión del Sistema de los Tratados Europeos con este perfil (y que suponen que la política de empleo y el derecho del empleo está consagrado constitucionalmente en una “constitución social” en el marco europeo), no es por sí mismo suficiente. Los derechos no han de ser sólo proclamados en las constituciones, sino que se trataría también de que se predispongan políticas legislativas activas que lo realizan.

Llegamos así al vigente Reglamento (UE) nº 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1081/2006 del Consejo, recogiendo las siguientes “misiones” en su art. 2:

1. El FSE promoverá unos niveles elevados de empleo y de calidad del empleo, mejorará el acceso al mercado laboral, fomentará la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores y facilitará su adaptación al cambio industrial y a los cambios de los sistemas de producción necesarios para garantizar un desarrollo sostenible, propiciará un elevado nivel de educación y formación para todos y apoyará la transición de la educación al empleo entre los jóvenes, luchará contra la pobreza, auspiciará la inclusión social y fomentará la igualdad de género, la no discriminación y la igualdad de oportunidades, contribuyendo de esta forma a dar respuesta a las prioridades de la Unión en materia de mejora de la cohesión económica, social y territorial.
2. El FSE cumplirá las misiones establecidas en el apartado 1 respaldando a los Estados miembros en la consecución de las prioridades y objetivos principales de la estrategia de la Unión para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (“estrategia Europa 2020”) y permitiéndoles afrontar sus retos específicos por lo que respecta al logro de los objetivos de dicha estrategia. El FSE apoyará la concepción y aplicación de políticas y medidas en relación con sus misiones, teniendo en cuenta las Directrices Integradas pertinentes y las correspondientes recomendaciones específicas por país adoptadas de conformidad con el art. 121, apartado 2, y el art. 148, apartado 4, del TFUE y, cuando proceda, a escala nacional, los programas nacionales de reforma, así como otros informes y estrategias nacionales aplicables.
3. El FSE beneficiará a los ciudadanos y, especialmente, a las personas desfavorecidas, como los desempleados de larga duración, las personas con discapacidad, los inmigrantes, las minorías étnicas, las comunidades marginadas y las personas de cualquier edad que sufren pobreza y exclusión social. El FSE también prestará ayuda a trabajadores, a empresas, incluidos los agentes de la economía social, y a emprendedores, así como a sistemas y estructuras, con el fin de facilitar su adaptación a los nuevos retos, incluida una mayor adecuación de las cualificaciones profesionales, y fomentar una buena gobernanza, el progreso social y la aplicación de reformas, especialmente en el ámbito del empleo, la educación, la formación y las políticas sociales.

De conformidad con los objetivos temáticos fijados en el art. 9, párrafo primero, puntos 8, 9, 10 y 11, del Reglamento (UE) no 1303/2013, que se corresponden con las letras a), b), c) y d) del presente apartado, y de acuerdo con sus misiones, el FSE respaldará las siguientes prioridades de inversión (art. 3):

- a) En relación con el objetivo temático “Promover la sostenibilidad y la calidad en el empleo y favorecer la movilidad laboral”: i) el acceso al empleo por parte de los demandantes de empleo y de las personas inactivas, incluidos los desempleados de larga duración y las personas alejadas del mercado laboral, así como las iniciativas de empleo locales y el fomento de la movilidad

- laboral; ii) la integración sostenible en el mercado de trabajo de los jóvenes, en particular de aquellos sin trabajo y no integrados en los sistemas de educación o formación, así como los jóvenes que corren el riesgo de sufrir exclusión social y los procedentes de comunidades marginadas, también a través de la aplicación de la Garantía Juvenil; iii) el trabajo por cuenta propia, el espíritu emprendedor y la creación de empresas, incluidas las microempresas y las pequeñas y medianas empresas innovadoras; iv) la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, incluidos el acceso al empleo, la progresión en la carrera profesional, la conciliación de la vida laboral y la vida privada y la promoción de igual remuneración por igual trabajo; v) la adaptación de los trabajadores, las empresas y los empresarios al cambio; vi) el envejecimiento saludable y activo; vii) la modernización de las instituciones del mercado de trabajo, como los servicios de empleo públicos y privados, y la mejora de la respuesta a las necesidades del mercado laboral, también a través de medidas que aumenten la movilidad laboral transnacional, así como a través de programas de movilidad y una mejor cooperación entre instituciones y partes interesadas correspondientes.
- b) En relación con el objetivo temático “Promover la inclusión social, luchar contra la pobreza y cualquier forma de discriminación”: i) la inclusión activa, también con vistas a promover la igualdad de oportunidades, así como la participación activa y la mejora de la posibilidad de encontrar un empleo; ii) la integración socioeconómica de comunidades marginadas tales como la de la población romaní; iii) la lucha contra todas las formas de discriminación y la promoción de la igualdad de oportunidades; iv) el acceso a servicios asequibles, sostenibles y de calidad, incluidos los servicios sanitarios y sociales de interés general; v) el fomento del emprendimiento social y de la integración profesional en las empresas sociales, así como de la economía social y solidaria, a fin de facilitar el acceso al empleo; vi) las estrategias de desarrollo local a cargo de las comunidades locales.
- c) En relación con el objetivo temático “Invertir en educación, formación y formación profesional para la adquisición de capacidades y el aprendizaje permanente”<sup>37</sup>:
- d) la reducción y la prevención del abandono escolar temprano y el fomento de la igualdad de acceso a una educación infantil, primaria y secundaria de buena calidad, incluidos los itinerarios de aprendizaje formales, no formales e informales encaminados a permitir la reintegración en el proceso de educación y formación; ii) la mejora de la calidad, la eficacia y la accesibilidad de la educación superior y

<sup>37</sup> Consúltense Villalba Sánchez, A.: *El Derecho a recibir formación de la empresa para una transición digital justa*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2024; Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N.: “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, en *Temas Laborales*, núm. 160 (2021), págs. 91-132. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8292667>

ciclos equivalentes con el fin de mejorar la participación y el nivel de instrucción, especialmente para los grupos desfavorecidos; iii) la mejora de la igualdad de acceso al aprendizaje permanente para todos los grupos de edad en estructuras formales, no formales e informales y de los conocimientos, las competencias profesionales y las capacidades de los trabajadores, así como la promoción de itinerarios de aprendizaje flexibles, también a través de la orientación profesional y la convalidación de las competencias adquiridas; iv) la mejora de la adecuación al mercado de trabajo de los sistemas de educación y formación, facilitando la transición de la educación al empleo y reforzando los sistemas de enseñanza y formación profesional, así como su calidad, también a través de mecanismos de anticipación de las necesidades en materia de competencias, la adaptación de los programas de estudios y la creación y el desarrollo de sistemas de aprendizaje en un entorno laboral, incluidos los sistemas de formación dual y los programas de prácticas.

- e) En relación con el objetivo temático “Mejorar la capacidad institucional de las autoridades públicas y las partes interesadas y la eficiencia de la administración pública”: i) la inversión en capacidad institucional y en eficacia de las administraciones y servicios públicos a escala nacional, regional y local, con el fin de introducir reformas y mejoras en la reglamentación y la gestión. Esta prioridad en materia de inversión es aplicable únicamente en los Estados miembros que puedan optar a una ayuda del Fondo de Cohesión o en los Estados miembros que tengan una o más regiones NUTS de nivel 2 contempladas en el art. 90, apartado 2, letra a), del Reglamento (UE) nº 1303/2013; ii) el desarrollo de capacidades de todos los agentes competentes en materia de educación, aprendizaje permanente, formación y empleo y políticas sociales, también a través de pactos territoriales y sectoriales para introducir reformas a nivel nacional, regional y local.

Mediante las prioridades en materia de inversión enumeradas en el apartado 1, el FSE contribuirá también a lograr los demás objetivos temáticos que figuran en el art. 9, párrafo primero, del Reglamento (UE) nº 1303/2013: a) apoyando el cambio a una economía de baja emisión de carbono, adaptada al cambio climático, que haga un uso eficaz de los recursos y sea medioambientalmente sostenible mediante la mejora de los sistemas de educación y formación que se precisan para la adaptación de las capacidades y cualificaciones necesarias, la mejora de las competencias profesionales y la creación de nuevos puestos de trabajo en sectores relacionados con el medio ambiente y la energía; b) mejorando la accesibilidad y el uso y calidad de las tecnologías de la información y de la comunicación mediante la alfabetización digital y el aprendizaje virtual, y las inversiones en el ámbito de la inclusión electrónica, de las competencias digitales y de las competencias empresariales afines; c) mejorando la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación mediante el desarrollo de estudios de postgrado y competencias empresariales, la formación de investigadores, las actividades en red y las

asociaciones entre instituciones de enseñanza superior, centros tecnológicos y de investigación y empresas; d) mejorando la competitividad y la sostenibilidad a largo plazo de las pequeñas y medianas empresas mediante el fomento de su adaptabilidad y la de los empresarios y trabajadores e invirtiendo más en capital humano, así como apoyando a los centros de enseñanza y formación profesional con una orientación práctica.

## **2.2. La política migratoria en el marco de la política de empleo de la Unión Europea y más allá de ella**

La Carta garantiza el derecho de igualdad en las condiciones de trabajo de los extranjeros autorizados para trabajar. Conforme al art. 15.3, *“los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”*. Pero no son titulares directos e inmediatos de la libertad de circulación y de residencia, pues sólo se prevé que *“podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”* (art. 45.2). No obstante, aparte de la jurisprudencia flexibilizadora –relativa y limitada– al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Sistema de los Tratados el art. 77 (antiguo art. 62 TCE) del TFUE establece, en su apartado 1, que *“la Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo: a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores”*.

Es de señalar, por otra parte, que el derecho a unas condiciones laborales equivalentes sólo se predica respecto de las personas que *“estén autorizadas a trabajar”*, quedando excluidos de la garantía, en principio, los trabajadores irregulares o ilegales. Ello supone de facto una limitación del derecho a trabajar que paradójicamente consagra el propio art. 15.1 para *“toda persona”*. No obstante, son numerosos los preceptos relativos a derechos garantizados, generales o específicamente sociolaborales que se atribuyen directamente a la *“persona”* (todos los derechos del Título. *“Dignidad”*; el propio derecho a trabajar ex art. 15.1, la protección de la salud ex art. 35, etcétera) o al *“trabajador”* sin más (art. 30 –protección en caso de despido injustificado– o art. 31 –condiciones de trabajo justas y equitativas–, etcétera), lo que supondría la atribución de estos derechos a toda persona con independencia de su situación jurídico-administrativa, de regularidad o irregularidad. Sin embargo, otros preceptos insisten en la distinción y limitan el alcance subjetivo del derecho. Así, *“toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”* (art. 34.2).

Por otra parte, es criticable que existan excepciones al principio de igualdad de trato en razón de la nacionalidad respecto a las personas que residan legalmente en el espacio de la Unión, pues el derecho a la igualdad de trato ha sido precisado por la Directiva 2004/38. El art. 24.2 establece dos excepciones a esta norma: en los primeros tres meses de residencia, o durante un período más largo en el caso de los solicitantes de empleo, los Estados miembros no están obligados a reconocer el derecho a prestaciones de asistencia social a ciudadanos de la Unión distintos de los trabajadores asalariados, los trabajadores por cuenta propia o que mantengan esa condición, y los miembros de sus familias. Los Estados miembros tampoco están obligados a conceder ayudas en forma de becas o préstamos de estudios antes de la adquisición del derecho a la residencia permanente, a esas mismas personas.

La Carta de la UE es consciente de que, de no existir ese principio de equiparación, aparte de contradecir la justicia social en sí, se cuestionaría el modelo social europeo. Existe, al respecto, una peligrosa tentación de utilizar el “*dumping social*” con la atribución a los extranjeros extracomunitarios de peores condiciones de trabajo que las nacionales de países miembros de la Unión, a modo de una “competitividad a la baja” de salarios y otras condiciones de trabajo y políticas de protección social. En tal sentido, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las ocasiones, las políticas de inmigración suelen estar motivadas, impulsadas, por la demanda, y no sólo por la oferta. Esto significa que nos encontramos con un fenómeno migratorio que en buena medida es funcional a las exigencias del mercado interior europeo, y que, por tanto, desde esa perspectiva de la demanda los flujos migratorios de entrada tienen un carácter esencialmente complementario respecto a las ofertas nacionales de mano de obra, pues ocupan ámbitos de actividad respecto de los cuales el personal nativo es insuficiente (señaladamente, el llamado “mercado secundario” de trabajo).

Con todo, los trabajadores extranjeros (es decir, en rigor, los que no ostentan la nacionalidad de ninguno de los países miembros de la Unión Europea) gozan de un estatuto protector vinculado al empleo. Así, por ejemplo, la STJCE de 10 de julio de 2008<sup>38</sup>, califica directamente discriminatoria la conducta empresarial de proclamar su intención de no contratar a trabajadores de determinado origen étnico o racial. El apartado 2 del art. 15 CDFUE incorpora las tres libertades garantizadas por los artículos 26, 45, 49 y 56 del TFUE, es decir: la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

El apartado 3 del art. 15 CDFUE garantiza el principio de igualdad de trato por equivalencia entre ciudadanos europeos y extranjeros (extracomunitarios). Se basa en el art. 153.1.g) del TFUE (“*para la consecución de los objetivos del art.151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos...g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que*

<sup>38</sup>STJCE de 10 de julio de 2008 [TJCE 2008, 157].

*residan legalmente en el territorio de la Unión*”), así como en el art. 19, punto 4, de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 (reténgase la versión revisada de 1996), a cuyo tenor: “*para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familiares a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte, las Partes se comprometen: (...). 4. a garantizar a esos trabajadores que se encuentre legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por leyes o reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber: a) remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo; b) afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos; alojamiento*”. Es por lo tanto aplicable el art. 52.2 de la Carta (“*los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos*”). En términos generales, el art. 20, sobre igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, de la Carta Social Europea (Revisada, Estrasburgo 3 de mayo de 1996), establece que “*para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a adoptar las medidas apropiadas para asegurar o promover su aplicación en los siguientes ámbitos: a acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; b orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional; c condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración; d desarrollo profesional, incluida la promoción*”.

La Carta elude problemáticamente la referencia al principio de igualdad de trabajo en sentido estricto y opta por hacer referencia a las “condiciones equivalentes”. Por otra parte, conforme al art. 153.1.g) del TFUE: “*para la consecución de los objetivos del art. 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (...) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión*”. De este modo, dada esa atribución de competencias europeas, el derecho del art. 15.3 de la CDFUE encuentra tan sólo una consagración débil, pues en el sistema del TFUE no hay un reconocimiento de un derecho subjetivo de los extranjeros, aunque su consagración en la Carta adquiere un valor significativo. Por lo demás, no debe olvidarse que el mismo art. 153.5 del TFUE establece una exclusión de un conjunto de materias relevantes que forman parte de las condiciones de trabajo: “*las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal*”, de modo que para la consecución de los objetivos del art. 151, la Unión no podrá apoyar ni completar la acción de los Estados miembros en esos ámbitos.



Hay que tener en cuenta que la integración basada en los derechos exige su atribución a la persona (o como solución intermedia de transición, a la “persona residente”), sin posibilidad de establecer ninguna discriminación por razón de nacionalidad. De ahí la necesidad de superar la concepción restrictiva de ciudadanía en exclusiva (y excluyente) como condición sine qua non de atribución o dotación de derechos. Ello supone “desnacionalizar” los derechos fundamentales, pues los derechos fundamentales son universales y como tales han de ser garantizado a todas las personas. Ahora bien, no basta reconocer jurídicamente los derechos, con ser desde luego imprescindible, porque la garantía efectiva tiene que ser al mismo tiempo “jurídica” (que incluye, lógicamente, las garantías jurisdiccionales) y efectiva en la “realidad social”, es decir, los derechos fundamentales tienen que ser observados en las prácticas reales de los actores –públicos y privados– que intervienen en las sociedades complejas.

El modelo de inmigración en el ámbito de la Unión Europea ha estado presidido por la tensión permanente entre el principio de soberanía nacional y los ámbitos de decisión política propios de la Unión Europea. Pertenece a la cultura política dominante en los Estados miembros entender que existe una estrecha vinculación entre la política de inmigración y la soberanía del Estado nacional. Por lo pronto resulta significativo de un cierto giro al respecto que la inmigración se configure en el TFUE como típica competencia compartida de la Unión Europea y los Estados miembros (art. 4.2.b) y j), y art. 153.1.g) del TFUE) y no como una competencia exclusiva de los países miembros (art. 4.2 TFUE). Conforme al art. 153 (antiguo art. 137 TCE). “1. Para la consecución de los objetivos del art.151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (...). g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión”. De manera que la acción legislativa de la Unión puede desplegarse tanto respecto a “apoyar” como a “completar” la acción respectiva de los Estados miembros en el ámbito de las condiciones de empleo de los extranjeros que residan legalmente en cualquier territorio del espacio europeo. Siendo ello así, como tal competencia compartida se rige por el principio de subsidiariedad (art. 5.3 TUE, a cuyo tenor: “*en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión*”). Por lo demás, debe tenerse en cuenta el mismo principio de proporcionalidad, según el cual, “*en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados*” (art. 5.4 TUE). Pero ello no impide que la Unión Europea pueda realizar una política común en materia de inmigración (artículos 77, apartados 1 y 2 y 79, apartado

3 y 4 del TFUE), y hacerlo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Efectivamente, conforme al art. 79 (antiguo art. 63, puntos 3 y 4, TCE):

*“1. 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 residan 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.*

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes:

a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;

b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros;

c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal;

d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.

3. La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros.

4. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

*5. El presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia”.*

Señalar, al respecto, que “*lo común*” (“política común de inmigración”) va más allá de “*lo singular o lo propio*” de cada país miembro. Por otra parte, se hace posible legislar a través del procedimiento legislativo ordinario en ámbitos extraordinariamente amplios de la materia de inmigración. A destacar aquí, la necesaria adopción (“*el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán...*”, dice el art. 79.2 TFUE) de “*la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros*”. Por último, el ámbito reservado a la soberanía nacional es delimitado principalmente en el apartado 5 del art. 79, según el cual los Estados miembros conservan el derecho “*derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia*”. Debe subrayar que los apartados 1 y 2 del art. 79 establecen una ordenación imperativa (“*La Unión desarrollará...*”; El Parlamento y el Consejo “*adoptarán*”), como reflejo de un mandato impuesto en la Norma Fundamental de la Unión.

Caben, pues, con estas limitaciones, normas mínimas instrumentales y de articulación de una política común de inmigración. Esa posibilidad de establecer medidas comunitarias de integración es en sí misma importante, aunque encuentra dos límites relevantes: por un lado, que los apartados 3 y 4 del art. 79 contempla tan sólo una ordenación facultativa, no imperativa (“*podrá celebrar*”; “*podrán establecer*”), aunque abre esta opción para la política del Derecho de la Unión; y, por otro, que se excluye la armonización comunitaria de las legislaciones propias de los Estados miembros (art. 79.4 TFUE: “*el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros*”).

La regulación jurídico-política de la inmigración se ha venido configurando como una cuestión en estrecha relación con la soberanía estatal, junto a otros clásicos y ligados a ella como la política exterior y de seguridad. Los Estados siempre han tratado de regularla de una forma directa, más allá de que en el caso concreto de los países que conforman la Unión Europea sean parte de una región del planeta en su mayoría receptora de inmigración –pero también emisora en el caso concreto de algunos Estados–. Su clásica justificación ha venido siendo que la inmigración conlleva la entrada dentro de las fronteras estatales de un determinado número de personas nacionales de otros países, con sus consecuencias más inmediatas en la estructura social, económica, política, demográfica, etcétera, del Estado receptor –sin olvidar el sentido inverso, tales efectos en los países de origen–. En ello inciden dos razones principales siempre argüidas y esgrimidas: por un lado, la propia competencia estatal en relación al velo por la seguridad y

el orden público en su interior; y, por otro lado, el hecho de que los mercados de trabajo son en su mayoría mercados nacionales, poniendo barreras en forma de requisitos estrictos –significativamente administrativos– para el conjunto de las personas inmigrantes que llegan para residir y trabajar.

Ello no obstante, este planteamiento formal y material no impide que, también incluyendo las dos razones argüidas, a nivel de la Unión Europea esté en marcha una política comunitaria de inmigración desde las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere en 1999, cuando en el apartado A de las mismas, existió una referencia explícita a la política común de asilo y de inmigración de la Unión Europea desde los postulados de que a ésta última no se podía dar respuesta por parte de ningún Estado de forma individualizada<sup>39</sup>. A partir de esta fecha, la evolución de la misma ha sido muy compleja, con avances y retrocesos a través de las distintas directivas, recomendaciones, comunicaciones, programas y documentos político-jurídicos que desde las instituciones comunitarias se han venido aprobando en materia de inmigración, conformando así un Derecho comunitario de la Extranjería y de la Inmigración. Actualmente, constituyen los ejes de la misma tanto el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de octubre de 2008, como el Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, de diciembre de 2009.

En los últimos años han sido significativas cuantitativa –por su incremento– y cualitativamente –por su diverso sentido y alcance– las normas comunitarias afectadoras a la regulación jurídica de las personas inmigrantes extranjeras de y en los Estados europeos. Ilustrativas y significativas son al respecto la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, sobre definición de la ayuda a las entradas, a la circulación y las estancias irregulares; la 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; 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 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 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; la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o

<sup>39</sup> Monereo Pérez, J.L.: “Refugiados y derechos humanos: el Estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 194 (2017), págs. 55-116; obra de síntesis y de referencia es la de DE LUCAS, J.: *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Prólogo de S. Naïr, Valencia, Tirant lo Blanch/Humanidades, 2016, espec., págs. 63 y sigs.

servicios de voluntariado; la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal; 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; y la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo; la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro; la Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros; la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores; la Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales; la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*; o la Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo. También el Reglamento de 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permisos de residencia para nacionales de terceros países; el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea; el Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión; el Reglamento (UE) 2019/592 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de

abril de 2019, que modifica el Reglamento (UE) 2018/1806; o el Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 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 Comisión presentó el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo en septiembre de 2020, con el objetivo de encontrar soluciones sostenibles y a largo plazo para gestionar la migración. El 20 de diciembre de 2023 el Parlamento Europeo y el Consejo alcanzó un acuerdo político sobre el Pacto sobre Migración y Asilo avanzando hacia un sistema común de la UE de gestión de la migración<sup>40</sup>. Finalmente, el Consejo de la Unión Europea adoptó el Pacto de la UE sobre Migración y Asilo el 14 de mayo de 2024. En el fondo lo que se lleva a cabo es una revisión completa del sistema de migración y asilo de la UE. En tal sentido el Consejo han adoptado una serie de actos legislativos que reforman todo el marco europeo para la gestión de la migración y el asilo<sup>41</sup>.

A esa normativa de armonización comunitaria debe añadirse importantes documentos políticos –y político jurídicos– sobre inmigración. Así de modo destacado las sucesivas “Comunicaciones” de la Comisión Europea en materia de migraciones e inmigración (Comunicación de la Comisión al Consejo que fija las bases para una futura política de inmigración común (Noviembre de 2000; COM/2000, 757 final); Comunicación al Consejo (11 de julio de 2001; COM/2001, 387 final), sobre creación de un método abierto de coordinación para el establecimiento de la política comunitaria de la Comisión; Comunicación de la Comisión al Consejo (15 de noviembre de 2001; COM/2001, 672 final), sobre el problema de la inmigración ilegal con un planteamiento global; Comunicación de la Comisión sobre el “Libro Verde Relativo a una Política Comunitaria de Retorno de los Residentes Ilegales” (10 de abril de 2002; COM/2002, 175 final); Comunicación de la Comisión, “Sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países (COM(2006) 0402).

Nótese que la orientación general de estas directivas (que no se olvide que son normas de armonización comunitaria) y comunicaciones (instrumentos no normativos, pero que operan en la práctica como reglas de política del Derecho flexible) es, ante todo, controlar socialmente la canalización de la entrada, permanencia y salida de nacionales de terceros Estados en el seno de la Unión, con atención a colectivos específicos particulares de extranjeros que de un modo concreto necesiten de medidas político-jurídicas protectoras ante el posible trato mercantilizado de estas personas inmigrantes extranjeras. De ahí la centralidad de la repuesta reactiva ante la inmigración ilegal y la preferencia subsiguiente por la política de retorno de los inmigrantes ilegales. Pero también responde, en

<sup>40</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement\\_23\\_6708](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement_23_6708)

<sup>41</sup> <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-s-pact-on-migration-and-asylum/>

cierta medida, a un cambio de orientación en la propia concepción económico-laboral de la inmigración no significante de la erradicación de ésta, pues se apuesta a todas luces por fomentar e impulsar una inmigración cualificada, formada y especializada, bajo el estricto interés de su utilización y aprovechamiento por los distintos Estados de la Unión y sin atención al rol que puedan desempeñar éstos para el desarrollo de los países de los que son nacionales éstos. De esta manera, nos encontramos con un marco jurídico-político de derecho interno de la Unión que apuesta nítidamente por una inmigración seleccionada o de carácter selectivo, a la que se le protege de un modo específico general a desarrollar y concretar por todos y cada uno de los países miembros. Una selección que opera ante todo con criterios instrumentales al servicio de la mano de obra extranjera necesaria para el funcionamiento del mercado interior (esa política selectiva se refleja en un amplio conjunto de Directivas: Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; 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 cualificados; Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se dictan normas mínimas sobre sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular). Todo ello sin olvidar y dejar de hacer constar la constante y clásica apuesta de la Unión por el control de fronteras, visados y lucha contra la inmigración irregular presente también en distintas directivas y documentos jurídico-políticos no mencionados de fechas anteriores. El resultado es que la política jurídica de regulación de la inmigración extranjera se encamina más al ámbito geopolítico y de las fronteras de la Unión frente al de la persona extranjera inmigrante, por más que se incida desde la propia Unión en la debida consideración de la normativa internacional y comunitaria hacia los inmigrantes en materia de integración social y derechos humanos.

Al tiempo, se vislumbra que en una sociedad europea democrática la regulación jurídica de la inmigración no puede ser exclusivamente defensiva y reactiva, sino que debe contener elementos propios de una estrategia ofensiva y preventiva, basada en una integración social que sólo puede partir de la premisa necesaria de una verdadera integración jurídica a través de los derechos básicos y fundamentales. En este sentido, el camino ha sido lento y tortuoso. Comenzó a través de intervenciones de carácter no normativo, sino de naturaleza político jurídica, entre las que sobresale la Comunicación de la Comisión sobre inmigración, integración y empleo, de 3 de junio de 2003 (COM/2003, 336 final); la Comunicación relativa al “Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea de 1 de septiembre de 2005 (COM/2005, 389 final); hasta la más reciente, “Sobre Migración”, de 4 de mayo de 2011 (COM/2011, 248 final). Pero también mediante

típicos instrumentos normativos comunitarios, como la Decisión 2007/435/CE del Consejo, de 24 de junio de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países para el período 2007-2013 como parte del programa general Solidaridad y gestión de los flujos migratorios; Directiva 2000/43/CE, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar a favor de los nacionales de terceros países que residen legalmente en territorio de la Unión Europea; Directiva 2003/109/CE, del Consejo de 24 de noviembre de 2003, sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Estas últimas directivas, especialmente, la última se sitúa en una lógica de integración a través de los derechos, atribuyendo éstos no con base a la condición de ciudadanía –ni siquiera comunitaria– sino a la residencia de larga duración.

En esta perspectiva integradora se avanza con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, relativa a “El planteamiento global sobre inmigración un año después: Hacia una política global europea en materia de inmigración”, Bruselas, 30 de noviembre de 2006 (COM/2006 735 final). Por su parte, la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 2009, sobre una Política Común de Emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos (2008/2331(INI)), defiende la instauración de esa política común en el espacio de la Unión Europea. Al efecto, subraya, en primer lugar, que la integración aumenta la diversidad cultural en la UE y debe basarse en la inclusión social, la lucha contra la discriminación y la igualdad de oportunidades, principalmente facilitando el acceso a la sanidad, la educación, la formación lingüística y el empleo; considera que las políticas de integración también deben basarse en programas innovadores adecuados y reconoce el papel fundamental desempeñado por las autoridades locales y regionales, los sindicatos, las organizaciones de inmigrantes, las federaciones profesionales y las asociaciones en la integración de los inmigrantes. Además, apoya los esfuerzos de integración de los Estados miembros, de los inmigrantes legales y de los beneficiarios de protección internacional, teniendo en cuenta el respeto a la identidad y los valores de la UE y de sus Estados miembros, incluido el respeto de los derechos humanos, el Estado de Derecho, la democracia, la tolerancia y la igualdad, la libertad de opinión y la escolarización obligatoria de los niños; recuerda que la integración es un proceso bidireccional que implica adaptaciones tanto por parte de los inmigrantes como de la población de acogida, tal y como se recoge en los principios básicos comunes (PBC) adoptados por el Consejo, y puede verse facilitado por el intercambio de buenas prácticas; reconoce que es más difícil lograr la integración en los Estados miembros que se enfrentan a importantes presiones migratorias, habida cuenta de su especial situación geográfica, si bien debe ser un objetivo irrenunciable; pide por consiguiente a los demás Estados miembros que contribuyan a aliviar estas presiones en un espíritu de solidaridad, facilitando así la integración de los beneficiarios de una protección



internacional que se encuentran en los Estados miembros de la UE, paralelamente a la promoción de la migración legal (punto 28).

Desde el punto de vista de la política de empleo en el espacio socio-económico europeo las personas migrantes constituyen un elemento fundamental del “mercado de trabajo” y un valor añadido de las organizaciones productivas, al propio tiempo que son un colectivo prioritario de la política de empleo europea orientada -al menos formalmente- a la integración a través de los derechos (“trabajo digno” es trabajar con derechos)<sup>42</sup>.

En segundo lugar, en lo relativo a la Seguridad e inmigración y Gestión integrada de fronteras, destaca la necesidad de un plan general detallado para establecer los objetivos generales y la arquitectura de la estrategia de gestión de las fronteras de la UE, incluidos los detalles que muestren la manera en que pueden optimizarse aún más todos los programas y los planes relacionados en este ámbito; opina que, al considerar la arquitectura de la estrategia de gestión de las fronteras de la UE, la Comisión debe analizar en primer lugar la eficacia de los actuales sistemas de gestión de las fronteras de los Estados miembros, con el fin de obtener las mejores sinergias entre ellos y facilitar información suplementaria sobre la rentabilidad de los nuevos sistemas propuestos, a saber, el sistema de entrada/salida, el sistema electrónico de autorización de viaje, los sistemas automatizados de control fronterizo y el programa de registro de los pasajeros, en el marco de la gestión integrada de las fronteras de la UE (Punto 43).

En tercer lugar, en lo relativo a la lucha contra la inmigración ilegal, considera que la lucha eficaz contra la inmigración ilegal es una parte crucial de una política global de migración de la UE y, por consiguiente, lamenta que una toma de decisiones eficaz en este ámbito se vea paralizada por una capacidad insuficiente de los Estados miembros para colaborar realmente en sus intereses mutuos (Punto 49).

<sup>42</sup> Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011, Parte I (“La política de empleo en la “sociedad del riesgos”: significación técnica y político-jurídica”), págs. 9 y sigs., y Parte II (“La precariedad laboral en el marco de las políticas de flexibilidad laboral”), págs. 103 y sigs.; *Ibid.*, “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 34 (2013), págs. 11-67; Monereo Pérez, J.L., y Triguero Martínez, L.A.: “El derecho regulador de las migraciones en España: análisis sistemático desde la vinculación político-jurídica entre migración y mercado de trabajo”, en VV.AA.: Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L.Á. y Fernández Avilés, J.A. (Coord.): *El derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Granada, Comares, 2013; Charro Baena, P.: “Migrantes (I): política de empleo y política de inmigración”, y Triguero Martínez, L.Á.: “Migrantes (II). Política de empleo y política de emigración”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernant, J.A., y López Insua, B.M. (Dirs. y Coords.): *Las políticas activas de empleo: Configuración y Estudio de su Regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2015, págs. 673 y sigs., y 695 y sigs., respectivamente.

En cuarto lugar, considera necesario realizar una política coherente sobre repatriaciones: entiende que se tiene que obligar a abandonar el territorio de la Unión Europea a los inmigrantes que no tienen derecho a protección internacional o que residen de manera irregular en el territorio de los Estados miembros; toma nota, a este respecto, de la adopción de la Directiva sobre retorno, y pide a los Estados miembros que, en el marco de la transposición de dicha Directiva, velen por que se mantengan las disposiciones más favorables que ya estén previstas en sus ordenamientos jurídicos internos; pide a los Estados miembros que garanticen que el retorno se realiza con el debido respeto al Derecho y a la dignidad de las personas afectadas, dándose debidamente preferencia al retorno voluntario (Punto 67).

En quinto lugar, apuesta también por la articulación de una política de solidaridad y de coordinación entre Estados miembros: critica que los Estados miembros no hayan mostrado la suficiente solidaridad ante el creciente desafío que plantea la inmigración; pide que se revise con urgencia el programa marco de solidaridad y gestión de los flujos migratorios para el periodo 2007-2013 y sus cuatro instrumentos financieros, con el fin de que puedan reflejar las nuevas realidades derivadas de las crecientes presiones migratorias y se puedan utilizar para tratar las necesidades urgentes, como en el caso de situaciones de flujos migratorios masivos (Punto 77).

Y, por último, trata de favorecer una estrategia de cooperación con terceros países: observa críticamente que la cooperación con terceros países no haya dado unos resultados satisfactorios, con la destacada excepción de la cooperación de España con terceros países como Senegal y otros países del África subsahariana y de África del norte; pide que se preste un apoyo específico a los terceros países de tránsito y origen con el fin de ayudarles a crear una capacidad efectiva de gestión de las fronteras, incluyendo la participación de FRONTEX (Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea) en misiones de asistencia fronteriza en dichos países (Punto 81).

Realzar también la Comunicación de la Comisión, de 17 de junio de 2008, titulada “Una Política Común de Emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos” (COM(2008) 0359), y el Dictamen del Comité de las Regiones titulado “Una política común de emigración para Europa”, de 26 de noviembre de 2008, la relativa al “Método de seguimiento para supervisar la aplicación del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de 10 de junio de 2009 (COM(2009) 266 final); y “Sobre Migración”, de 4 de mayo de 2011 (COM/2011, 248 final); sobre todo la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva sobre retorno). Posteriormente, se ha creado el Fondo de Asilo, Migración e Integración (Reglamento (UE) 2021/1147 del Parlamento Europeo y del Consejo

de 7 de julio de 2021). Este Reglamento establece los objetivos de dicho Fondo finalista, el presupuesto para el período comprendido entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de diciembre de 2027, las formas de financiación de la Unión y las normas para la concesión de dicha financiación (art. 1)<sup>43</sup>. El objetivo político del Fondo consiste en contribuir a la gestión eficaz de los flujos migratorios y a la aplicación, el refuerzo y el desarrollo de la política común de asilo y de la política común de inmigración, de conformidad con el acervo de la Unión pertinente y respetando plenamente las obligaciones internacionales de la Unión y de los Estados miembros derivadas de los instrumentos internacionales de los que son parte. En el marco del objetivo político establecido en el apartado 1, el Fondo contribuirá a los objetivos específicos siguientes: a) reforzar y desarrollar todos los aspectos del Sistema Europeo Común de Asilo, incluida su dimensión exterior; b) *reforzar y desarrollar la migración legal hacia los Estados miembros de acuerdo con sus necesidades económicas y sociales, y promover y contribuir a la integración efectiva y la inclusión social de los nacionales de terceros países*; c) contribuir a la lucha contra la migración irregular, mejorando el retorno y la readmisión efectivos, seguros y dignos, así como contribuir a la reintegración inicial efectiva en terceros países y promoverla; d) potenciar la solidaridad y el reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, en particular respecto de los más afectados por los desafíos migratorios y de asilo, también mediante la cooperación práctica.

También interesa destacar en esa dirección “pro-integradora” débil (débil, porque, entre otras cosas, se ha rehusado, por el momento, establecer un conjunto de Directivas de armonización comunitaria mínimas, comenzado por la inexistencia, harto significativa, de una Directiva-Marco relativa a los derechos básicos de los inmigrantes regulares que no tengan todavía la condición de residentes de larga duración, y la fuerte inclinación a hacer primar más que la línea de intervención armonizadora, la utilización sistemática del Método Abierto de Coordinación (MAC). Este MAC es de innegable utilidad y efectividad, pero debería de ser complementario y no sustitutivo de los mecanismos de intervención normativa del ordenamiento jurídico de la Unión Europea [lo que subyace, leído entre líneas, a ciertas objeciones contenidas en el Dictamen del CESE sobre “Integración de los trabajadores inmigrantes”, de 17 de marzo de 2010 (SOC/364. CESE 450/2010)]. De ordinario esta técnica comunitaria de coordinación suele apoyarse en el reclamo de instrumentos de *soft law* o de *top law*. En efecto, aun siendo realmente

<sup>43</sup> El Fondo de Asilo, Migración e Integración debe basarse en los resultados conseguidos y las inversiones realizadas con el apoyo de sus instrumentos precedentes: el Fondo Europeo para los Refugiados creado por la Decisión nº. 573/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en el período 2008-2013, el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países creado por la Decisión 2007/435/CE del Consejo en el período 2007-2013, el Fondo Europeo para el Retorno creado por la Decisión nº. 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en el período 2008-2013 y el Fondo de Asilo, Migración e Integración creado por el Reglamento (UE) nº. 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en el período 2014-2020.

importante, el tratamiento coordinado de los problemas de la inmigración europea es insuficiente para la garantía de verdaderas políticas de integración a través de los derechos subjetivos, y muy especialmente mediante la atribución de los derechos sociales fundamentales a toda persona inmigrante en el espacio de la Unión Europea. Y derechos vinculados al “trabajo” y al “empleo” constituye una premisa de la integración de inmigrantes cuyo motivo fundamental de presencia en Europa –regular o irregular– es el económico-laboral (inmigración laboral o profesional). En este sentido, deben extraerse las consecuencias jurídico-políticas de una integración positiva y no preferentemente negativa, como la que se está imponiendo hasta la fecha, a pesar, sin duda, de los avances que se han venido producido respecto de las políticas comunitarias de integración en el plano social y jurídico. El enfoque preventivo de la inmigración irregular y el objetivo integrador queda realzado en la Comunicación de la Comisión Europea, “sobre Migración”, de 4 de mayo de 2011 (COM/2011, 248 final). En ella se propone construir una sociedad inclusiva integrando a los inmigrantes: La integración de los ciudadanos de países terceros que residen legalmente en la UE sigue siendo un asunto fundamental y, a veces, controvertido. El éxito de la integración es esencial por razones humanas y culturales, así como para que personas y sociedades aprovechen al máximo las ventajas económicas y sociales de la inmigración. No existe una fórmula infalible que garantice la integración, pero es evidente que son necesarios más esfuerzos, tanto a escala de la UE como a escala nacional y local, para conseguir mejores resultados. Todos los inmigrantes deberían sentirse en Europa como en su casa, respetar sus leyes y valores y ser capaces de contribuir a su futuro. Subraya, igualmente, el carácter bidireccional del proceso de integración, en el sentido de que la integración requiere esfuerzos tanto por parte de los inmigrantes como de la sociedad que los acoge. Hay que ofrecer a los inmigrantes la oportunidad de participar en sus nuevas comunidades, especialmente de aprender la lengua del país de acogida, tener acceso a los sistemas educativo, sanitario y de empleo y contar con la capacidad socioeconómica de mantenerse a sí mismos. Los inmigrantes deben familiarizarse con los valores fundamentales de la UE y de sus Estados miembros a fin de comprender la cultura y las tradiciones del país en el que viven. La integración implica un equilibrio entre gozar de los derechos y respetar las leyes, los valores y la cultura del país de acogida.

El punto culminante, por el momento, en esa dirección de política del Derecho viene constituido por la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. La Directiva tiene un doble objeto: 1) establecer un procedimiento único de solicitud para la expedición de un permiso único que autorice a los nacionales de terceros países a residir con el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro de estas

personas y de facilitar el control de su estatuto (se entiende por “permiso único”, “el permiso de residencia expedido por las autoridades de un Estado miembro por el que se autoriza a un nacional de un tercer país a residir igualmente en su territorio con el fin de trabajar”; art. 2.c) de la Directiva), y 2) establecer un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro (art. 1.1). Esta regulación no supone privatización de ciertas competencias inherentes a la soberanía nacional, en el sentido de que dicha Directiva se entiende sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para regular el acceso de nacionales de terceros países a sus mercados laborales (art. 1.2).

Es de hacer notar que la obtención del “permiso único” determina la atribución de un estatuto jurídico de derechos, es decir, “derechos asociados al permiso único”. Se habla expresamente de “Derechos conferidos por el permiso único” (art. 11, así intitulado). Conforme a dicha disposición, el permiso único expedido de conformidad con el Derecho nacional habilitará a su titular, durante su período de validez, como mínimo a: a) entrar y residir en el territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso único, siempre que el titular reúna todos los requisitos de admisión de conformidad con el Derecho nacional; b) gozar de libre acceso a todo el territorio del Estado miembro de expedición, dentro de los límites previstos por el Derecho nacional; c) ejercer la actividad laboral específica autorizada en virtud del permiso único de conformidad con el Derecho nacional; y d) estar informado de sus propios derechos asociados al permiso conferidos en virtud de la presente Directiva o del Derecho nacional. Se trata de una norma mínima (“como mínimo”, son los términos utilizados por la norma) que, como tal, puede ser mejorada por la legislación de los Estados miembros. En relación a ello, forman parte del estatuto jurídico de derechos el Derecho General a la igualdad de trato, el cual presenta un conjunto amplio de manifestaciones jurídicas (art.12). Los trabajadores de terceros países, gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan en lo que se refiere a: a) condiciones laborales, incluso en materia de salario y despido, así como en materia de salud y seguridad en el trabajo; b) libertad de asociación y de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios en cualquier organización profesional, incluidas las ventajas conferidas por dichas organizaciones, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y seguridad pública; c) educación y formación profesional; d) reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos profesionales, de conformidad con los procedimientos nacionales aplicables; e) ramas de seguridad social, según lo definido en el Reglamento (CE) nº 883/2004; f) beneficios fiscales, siempre que se considere que el trabajador tiene residencia fiscal en el Estado miembro de que se trate; g) acceso a bienes y servicios y obtención de bienes y servicios ofrecidos al público, incluidos los procedimientos de acceso a la vivienda contemplados en el Derecho nacional, sin perjuicio de la libertad de contratación de conformidad con el Derecho de la Unión

y nacional; y h) servicios de asesoría ofrecidos por las oficinas de empleo (art. 12.1 Derecho a la igualdad de trato). Esa igualdad de trato alcanza a la protección social pública, a saber: *“los trabajadores de terceros países que se trasladen a un tercer país, o sus supérstites que residan en terceros países y sean titulares de derechos generados por esos trabajadores recibirán las pensiones legales de vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo anterior de tales trabajadores y adquiridas con arreglo a la legislación mencionada en el art.3 del Reglamento (CE) n° 883/2004, en las mismas condiciones y en las mismas cuantías que los nacionales de los Estados miembros de que se trate cuando se trasladan a un tercer país”* (art.12.4). Pero no se olvide que los derechos de protección social de más largo alcance, pues como dispone el art.12.1.e), el principio de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan se predica respecto a todas la “ramas de la seguridad social, según lo definido en el Reglamento (CE) n° 883/2004. Ello no obstante, se establecen algunas excepciones a la igualdad de trato, que bajo ciertas condiciones los Estados miembros podrán establecer restrictivamente (art. 12.2).

La Exposición de Motivos de la Directiva 2011/98/UE, refleja bien nítidamente las finalidades explícitas de la ordenación comunitaria relativa al denominado “permiso único”: en primer lugar, constata el hecho de que, en ausencia de legislación horizontal de la Unión, los derechos de los nacionales de terceros países varían en función de su nacionalidad y del Estado miembro en el que trabajen. Con el fin de seguir elaborando una política de inmigración coherente, reducir la desigualdad de derechos existente entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países que trabajan legalmente en un Estado miembro y completar el acervo existente en materia de inmigración, conviene establecer un conjunto de derechos para especificar, en particular, los ámbitos en los que se contempla la igualdad de trato entre los nacionales de un Estado miembro y tales nacionales de terceros países que aún no tienen el estatuto de residentes de larga duración. El objetivo de esas disposiciones es establecer un nivel mínimo de igualdad de condiciones en la Unión, reconocer que dichos nacionales de terceros países contribuyen, mediante su trabajo y los impuestos que pagan, a la economía de la Unión, y actuar de salvaguardia para reducir la competencia desleal entre los nacionales de un Estado miembro y los nacionales de terceros países que derive en la posible explotación de estos últimos. Sin perjuicio de la interpretación del concepto de relación laboral contenida en otras disposiciones del Derecho de la Unión, la presente Directiva debe dar una definición de trabajador de un tercer país, que abarque a todo nacional de un tercer país que haya sido admitido en el territorio de un Estado miembro, resida legalmente en él y al que se haya autorizado, en el contexto de una relación remunerada, a trabajar en dicho Estado miembro en virtud del Derecho o las prácticas nacionales. En tal sentido, se indica, que todos los nacionales de terceros países que residan y trabajen legalmente en un Estado miembro deben gozar al menos de un conjunto común de derechos basados en la igualdad de trato con

los nacionales del Estado miembro de acogida, independientemente del propósito inicial o del motivo de la admisión en su territorio. El derecho a la igualdad de trato en los ámbitos precisados en la Directiva 2011/98/CE se garantiza no solo a los nacionales de terceros países admitidos en un Estado miembro con el fin de trabajar, sino también a los admitidos con otros fines y que posteriormente hayan obtenido acceso al mercado de trabajo en virtud de otras disposiciones del Derecho de la Unión o nacional, ello incluye a los miembros de la familia de un trabajador de un tercer país admitidos de acuerdo con la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, a los nacionales de terceros países admitidos en el territorio de un Estado miembro de conformidad con la Directiva 2004/114/CE del Consejo, 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, y a los investigadores admitidos de conformidad con la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*.

Por otra parte, el derecho a la igualdad de trato en algunos ámbitos específicos se vincula estrictamente con el estatuto de residente legal del nacional de un tercer país y con el acceso dado al mercado de trabajo de un Estado miembro, que se consagran en el permiso único que autoriza la residencia y el trabajo y en los permisos de residencia expedidos con otros fines y que contienen la indicación de que se autoriza al interesado a trabajar (punto 21).

En dicha lógica de integración relativa (relativa, porque carece de una instrumentación normativa fuerte de garantía jurídica efectiva) a través de los derechos se inserta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa–, en la que se atribuyen derechos a todas las personas –nacionales de la Unión o no– articulados alrededor de los valores de la dignidad y la justicia. De un modo paradigmático, en ésta se garantiza el derecho de igualdad en las condiciones de trabajo de las personas inmigrantes extranjeras autorizadas para trabajar. Conforme al art. 15.3, “los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”. Pero, atendiendo a su tenor literal, los extranjeros extracomunitarios no son titulares directos e inmediatos de la libertad de circulación y de residencia, pues sólo se prevé que podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro –art. 45.2–. Es de señalar que el derecho a unas condiciones laborales equivalentes sólo se predica respecto de las personas que “estén autorizadas a trabajar”, quedando excluidos de

la garantía, en principio, los trabajadores extranjeros inmigrantes que se hallen en situación administrativa irregular. Ello supone de facto una limitación al derecho a trabajar que paradójicamente consagra el propio art. 15.1 para “toda persona”. No obstante, son numerosos los preceptos relativos a derechos garantizados, generales o específicamente sociolaborales que se atribuyen directamente a la “persona” – todos los derechos del título “dignidad”; el propio derecho a trabajar ex art. 15.1, la protección de la salud ex art. 35, etcétera–, lo que supondría la atribución de estos derechos a toda persona con independencia de su situación jurídico-administrativa, de regularidad o irregularidad. Por otra parte, es criticable que existan excepciones al principio de igualdad de trato en razón de la nacionalidad respecto a las personas que residan legalmente en el espacio de la Unión, pues el derecho a la igualdad de trato ha sido precisado por la directiva 2004/38. El art. 24.2 establece dos excepciones a esta norma: en los primeros tres meses de residencia, o durante un período más largo en el caso de los solicitantes de empleo, los Estados miembro no están obligados a reconocer el derecho a prestaciones de asistencia social a ciudadanos de la Unión distintos de los trabajadores asalariados, los trabajadores por cuenta propia o que mantengan esa condición, y los miembros de sus familias. Los Estados miembros tampoco están obligados a conceder ayudas en forma de becas o préstamos de estudios antes de la adquisición del derecho a la residencia permanente, a esas mismas personas. La Carta de la Unión Europea parte implícitamente de la consideración del acceso a un empleo digno como elemento esencial del proceso de integración [algo sobre lo que, por cierto, ya insistió la Comunicación relativa al “Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea de 1 de septiembre de 2005 (COM/2005, 389 final)].

Desde estos postulados jurídicos establecidos a modo de premisa, la coordinación de la política de inmigración de los distintos países que conforman la Unión con la política comunitaria es más en la dirección y ámbito estricto político: atendiendo al marco jurídico nacional y comunitario, seguir unas líneas comunes de concepción y actuación presentes y futuros para con la inmigración extranjera de terceros Estados. Es por ello por lo que implícitamente se debe de entender la alusión a la coordinación con todos y cada uno de los documentos y programas de acción de carácter político que vaya aprobando la Unión hasta la consecución de una conjunta y definida política de inmigración comunitaria. Se debe de superar la realidad de los primeros años de andanza de la Unión, en la que esta política se hallaba asentada en la cooperación interestatal mediante acuerdos de asociación, cooperación, etc., permitiendo así afrontar individualizadamente la inmigración en colaboración y ayuda basada en la cooperación de los Estados en la materia, pero no generalizado a todos los miembros conformadores ni en la misma medida entre ellos.

Es en el año 1997, con el Tratado de Ámsterdam, cuando se inicia la comunitarización o europeización de la política de inmigración, a partir de la que



se irá formando progresivamente con peculiaridades. Es así porque se incorporó el Título IV al Tratado de la Comunidad Europea bajo el nombre de “visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, atendiendo a la constitución del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia”. Este espacio supuso que los movimientos en el plano interno fuesen acompañados de un adecuado control de las fronteras exteriores. De esta manera, se estaba manifestando la insuficiencia de la política estatal para abordar la inmigración en el contexto de una Europa sin fronteras internas. Pero es que, además, en el mismo Tratado, en el art. 63 se hacía referencia a que el Consejo, una vez que entrase en vigor el Tratado, adoptaría en cinco años medidas sobre política de inmigración en una serie de ámbitos. A destacar: sobre las condiciones de entrada y de residencia y normas sobre procedimiento de expedición por cada uno de los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los de reagrupación familiar; respecto a la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales; y en relación a la definición de los derechos y las condiciones de los residentes legales que pretendan residir en otros Estados miembros. Pero hay que advertir que estas medidas no fueron absolutas, sino que los Estados miembros tenían capacidad para mantener o introducir disposiciones siempre y cuando fuesen compatibles con el Tratado. Por tanto, pese a la comunitarización, quedó patente la importancia competencial estatal para la regulación de estas materias.

En 1999, en el Consejo Europeo de Tampere, teniendo presente lo advertido anteriormente, se abogó por un planteamiento de una política común de asilo e inmigración para reforzar el control de las personas que entrasen en el territorio europeo y que, en virtud de la supresión de las fronteras internas, se permitiese su circulación a través de todo el territorio. Una de las conclusiones a destacar a las que llegó el Consejo fue la necesidad de garantizar un trato justo a los inmigrantes extracomunitarios con residencia legal basándose en la concesión de derechos y obligaciones comparables a la de los propios ciudadanos de la Unión Europea; y, por otro lado, la expresa necesidad de intentar una aproximación del conjunto de legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de extracomunitarios. En cualquier caso, a nivel más general, de Tampere (que sitúa entre las preferencias de intervención europea la materia relativa a la integración de los trabajadores inmigrantes) surgieron una serie de medidas fundamentales que supusieron afrontar la inmigración desde una perspectiva común y no sólo desde el punto de vista económico-laboral de los extranjeros que llegaban a la Unión Europea y sus repercusiones. Así pues, se pretendió una colaboración con los países de origen de los inmigrantes para que también se beneficiasen de la mejor forma posible de la actividad de sus emigrados y de los gobiernos de los países en los que se insertaban; un sistema europeo de asilo y de estatuto de asilado comunes y uniformes; asegurar un trato adecuado justo a los no comunitarios con residencia legal en el territorio de la Unión; y una gestión adecuada y conjunta de

los flujos migratorios entre terceros países y Estados de la Unión, que permitía tanto mejorarla como el desmantelamiento de las redes de traficantes de seres humanos. Esta fue la esencia –aún mantenida pero adaptada a los tiempos actuales– de la política de inmigración establecida y programada en Tampere para el período de 1999 a 2004.

Después de cinco años, en 2004 le sucedió el Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, vigente desde la fecha anterior hasta finales de 2009. En el mismo, tomando como referencia lo ya establecido y conseguido, se postuló atendiendo a la realidad que ya constituía la inmigración en las sociedades de los países miembros de la Unión, la necesaria valoración positiva que se debía de hacer de la presencia de inmigrantes extranjeros y de su aportación para el futuro, ante lo que se incitaba a los miembros de la Unión a la adopción de medidas facilitadoras de la integración social, cultural y política. En todo ello el trabajo, el empleo, la actividad laboral adquiriría gran importancia, pues se configuraba no sólo como el elemento central y definidor de los flujos migratorios ante las necesidades de los mercados de trabajo nacionales y en base a las cuales se debía de articular, sino también como elemento de integración en la sociedad de acogida. En definitiva, un modelo de política de inmigración comunitaria ordenada atendiendo principalmente a la perspectiva laboral sin desconectar con la perspectiva de seguridad del anterior.

En esa dirección de continuar profundizando en la consecución de una política de inmigración comunitaria le siguió al anterior el ya citado Programa de Estocolmo: una Europa abierta que sirva y proteja al ciudadano, previsto para los años 2010-2014. Éste, aparte de asumir las líneas esenciales de interés y actuación definidas en los anteriores y modalizarlas a día de hoy, presenta un cambio sustancial de orientación: entiende la realidad de las migraciones desde una perspectiva más allá de la seguridad pero sin olvidarla, pues apuesta por la constitución de un marco global y equilibrado de diálogo y cooperación con los países de origen de las personas extranjeras inmigrantes. En este sentido, partiendo de la situación de crisis económica y financiera internacional y pese a ella, a medio plazo trata de articular un modelo de política de inmigración ordenada atendiendo al mercado de trabajo –especial interés en trabajadores cualificados–, a la protección social, a las políticas de integración y a la cooperación reforzada con los países de origen y paso de los flujos migratorios. Estas líneas esenciales quedan enmarcadas en un enfoque global de las migraciones por parte de la Unión Europea asentado en principios sociales fundamentales como la solidaridad, el equilibrio y la colaboración con los países de procedencia de los extranjeros inmigrantes. Es más, avanzando en la construcción de una Europa social, se ve completado obviamente y de manera prevalente con la atención debida al interés por una Europa de las personas facilitadora de la titularidad y ejercicio del conjunto de derechos humanos fundamentales protectores y promovedores de una sociedad justa e inclusiva. En esencia, apostando por una ciudadanía social europea teniendo

como referente jurídico-político básico y esencial al Tratado de Lisboa y a la Carta de los Derechos Fundamentales y su nuevo valor como instrumento internacional europeo de naturaleza normativa (es decir, dotado de fuerza jurídica vinculante), que la convierte y transforma en fundamento de la dirección política y jurídica de las iniciativas legislativas y programas de acción comunitarios, como es el caso tratado.

Llegábamos así a las conclusiones recogidas por el Consejo de Europa respecto a las orientaciones estratégicas para la programación legislativa y operativa para los años 2014 a 2019 donde define y se centra en los objetivos relacionados con la libertad, seguridad y justicia, abordando también algunas cuestiones horizontales conexas sobre como la capacidad de Europa para crecer y crear más empleo; el clima y energía; y la seguridad energética. No obstante, es evidente que su centro de atención radica en el objetivo de construir un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y en el que se respeten plenamente los derechos fundamentales adoptando, para ello, medidas coherentes de política relativa al asilo, la inmigración, las fronteras y la cooperación policial y judicial, de conformidad con los Tratados y sus Protocolos correspondientes.

Para finalizar con la nueva agenda estratégica de la Unión Europea para 2019-2024. En este sentido, el Consejo Europeo del 20 de junio de 2019 adoptaba dichas conclusiones sobre el próximo ciclo interinstitucional, el MFP, el cambio climático, la desinformación y las amenazas híbridas, las relaciones exteriores, el Semestre Europeo y la ampliación. Localizándose en su Anexo la Agenda Estratégica, la cual, ofrece un marco y una dirección de carácter general para dar esa respuesta. Tiene como objetivo guiar el trabajo de las instituciones en los cinco próximos años centrándose en cuatro prioridades principales: proteger a los ciudadanos y las libertades; desarrollar una base económica sólida y dinámica; construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social; y promover los intereses y valores europeos en la escena mundial.

De dicho documento, dentro de la nueva agenda estratégica para 2019-2024, nos interesa el objetivo prioritario de “proteger a los ciudadanos y las libertades”, el cual, establece lo siguiente: “Europa debe ser un lugar donde los ciudadanos se sientan libres y seguros. La UE defenderá los derechos y las libertades fundamentales de sus ciudadanos, reconocidos en los Tratados, y los protegerá contra las amenazas existentes y emergentes. Los valores comunes en que se sustentan nuestros modelos democráticos y de sociedad son el fundamento de la libertad, la seguridad y la prosperidad europeas. El estado de Derecho, que desempeña un papel esencial en todas nuestras democracias, es un factor clave a la hora de garantizar la adecuada protección de dichos valores y, por consiguiente, todos los Estados miembros y la UE deben respetarlo plenamente. Debemos garantizar la integridad de nuestro territorio. Hemos de saber quién accede al territorio de la UE y ser nosotros quienes decidamos dicho acceso. El control efectivo de las fronteras exteriores es condición previa indispensable para garantizar la seguridad, mantener el orden público y

velar por el funcionamiento adecuado de las políticas de la UE, en consonancia con nuestros principios y valores. Estamos resueltos a seguir desarrollando una política migratoria global realmente eficaz. Continuaremos y profundizaremos nuestra cooperación con los países de origen y tránsito para luchar contra la migración irregular y la trata de seres humanos y garantizar retornos efectivos. Con respecto a la dimensión interna, hemos de ponernos de acuerdo sobre una política migratoria y de asilo eficaz. Debe hallarse un consenso sobre el Reglamento de Dublín con el fin de reformarlo conforme a un equilibrio entre responsabilidad y solidaridad, teniendo en cuenta a las personas a las que se desembarque a raíz de operaciones de búsqueda y salvamento. Tomaremos las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento adecuado de Schengen. Proseguiremos e intensificaremos nuestra lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, mejorando la cooperación y el intercambio de información y desarrollando más aún nuestros instrumentos comunes. Reforzaremos la resiliencia de la UE contra las catástrofes tanto naturales como de origen humano. A este respecto, son fundamentales la solidaridad activa y la puesta en común de los recursos. Debemos proteger a nuestras sociedades contra las ciberactividades malintencionadas, las amenazas híbridas y la desinformación que tienen su origen en agentes estatales y no estatales hostiles. Para hacer frente a dichas amenazas es necesario un enfoque global, con más cooperación, más coordinación, más recursos y más capacidades tecnológicas”.

La expresión jurídico-formal de la progresiva construcción de esta política comunitaria de inmigración a través de estos sucesivos programas y de sus aspectos básicos se encuentra expresado de un modo más o menos resumido en el art. 63 bis del TFUE, en el que claramente se fija que la política comunitaria de inmigración se destina a garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros Estados y una prevención de la inmigración ilegal y trata de seres humanos, así como la lucha contra ellas. Se consolidan así aspectos clásicos y tradicionales de la política de inmigración comunitaria junto a una perspectiva de futura reorientación en relación a la dimensión protectora de los derechos humanos fundamentales de las personas, más allá de su residencia legal o no. Esta última concepción es la que imperiosamente se ha de hacer real más pronto que tarde para que no prevalezca la primera sobre la segunda y sí más bien ésta última sobre aquélla.

Más allá de los diversos programas de acción política quinquenales con manifiesta influencia en las tendencias de las políticas de inmigración de los Estados miembro, también se ha de destacar especialmente el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de 16 de octubre de 2008 (cuyos postulados fundamentales – incluido el enfoque global de la inmigración– son reiterados en el Consejo Europeo en el Programa de Estocolmo, “Un Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010-1014)”, aprobado el 10-11 de diciembre de 2009; y la Comunicación de la Comisión Europea, “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010; COM(2010)2020).

Éste constituye un auténtico y genuino documento político *ad hoc* en la materia, pero también siendo en su mayor parte continuista de las principales líneas político-jurídicas marcadas tanto en los programas políticos de acción como en el derecho comunitario en relación a la inmigración y extranjería. Tal y como se recoge en el mismo, es un texto en el que se muestra al más alto nivel el compromiso político de la Unión Europea y de sus Estados miembros no sólo para con sus ciudadanos, sino también para los terceros Estados en el camino de fijar una verdadera política común en materia de migraciones. Este Pacto es un documento político que contiene un planteamiento global sobre las migraciones en el seno de la Unión, pues por vez primera desde que se fundó esta entidad política intergubernamental queda reunido en un mismo documento y texto el conjunto de dimensiones de la política europea sobre inmigración y asilo. Son cuatro los objetivos básicos de interés del mismo: en primer lugar, la organización de la inmigración legal y el favorecimiento de su integración; en segundo lugar, la lucha contra la inmigración irregular, garantizando el retorno a los países de origen o tránsito; en tercer lugar, el refuerzo de los controles fronterizos, edificando una Europa del asilo; y, en cuarto lugar, la creación de un sistema de colaboración con los países de origen y tránsito de los inmigrantes. Se pone, por tanto, el acento así en la organización de una inmigración regular administrativamente, en la integración de estas personas extranjeras inmigrantes y en la lucha contra la inmigración irregular –ilegal, en términos del Pacto–, colaborando de forma expresa con los países de los que proceden éstos.

En cuanto a su contenido deben ser destacados los siguientes elementos. Se invita a los Estados miembros a evitar las regularizaciones masivas de inmigrantes, proponiendo en contrapartida unas regularizaciones caso por caso en el marco de las legislaciones nacionales por motivos humanitarios o económicos; se debe de tratar el favorecimiento de la integración de los inmigrantes con perspectivas de permanecer establemente por parte de las políticas de los Estados miembros, para lo que se han de basar en el equilibrio entre los derechos de los inmigrantes –significativamente se señala al derecho al trabajo– y sus deberes, poniendo en marcha aquéllos medidas tendentes al favorecimiento del aprendizaje de la lengua o el acceso al empleo, incidiendo en los valores fundamentales de los derechos del hombre, etcétera; el respeto a la Convención Europea de los Derechos del Hombre por parte de las legislaciones estatales en relación al derecho de reagrupación familiar; se incide en el carácter legal y ordenado de los flujos migratorios, pues los extranjeros en situación irregular tienen que dejar el territorio de la Unión y, en este sentido, todos los Estados van a tener la obligación de readmitir a sus nacionales, con lo que es clave la firma de acuerdos a nivel europeo con los países de origen y/o tránsito; y, por último, en estrecha conexión con lo anterior, se aboga por el hecho de que la inmigración sea un instrumento que refuerce la cooperación al desarrollo con los países de origen y/o tránsito de las personas inmigrantes. Se vienen a poner así a nivel europeo los pilares para una política de inmigración que incide más en las dimensiones de control social y orden –ya apuntadas– que en las propias

condiciones personales, de entrada, residencia y posible retorno del inmigrante en su conexión con los valores inherentes a los derechos humanos fundamentales y el formal derecho a emigrar pero no a inmigrar.

Interesa realzar la naturaleza estrictamente política de dicho Pacto. En efecto, en contra del posible mayor vigor y rigor jurídico que pudiese tener este Pacto –así como su auténtico impacto y toma en consideración por el derecho interno de cada Estado miembro– está el hecho de que se trata, como ya se ha manifestado, de un texto político carente de valor jurídico y, por tanto, carente de un sistema garantista jurídico stricto sensu propio. No se ha dotado al Derecho Comunitario derivado de un instrumento legal en materia de política migratoria desde el que poder construir un sólido marco político-jurídico estable regulador de la inmigración en el territorio de la Unión. Se ha desaprovechado así la ocasión de incluirlo en el Derecho Comunitario y de dotarlo del rango jurídico que merece en cuanto que la inmigración es una realidad estructural de la propia Unión. Por el contrario, desde un garantismo meramente político, el Consejo de Europa de Jefes de Estado y de Gobierno tiene que organizar cada año un debate sobre las políticas de inmigración y asilo, fundamentado en un informe presentado por la Comisión acerca de la aplicación del propio Pacto. Y, a su vez, los Estados miembros tienen que informar al Consejo Europeo de los avances más significativos a conseguir en la gestión de sus políticas de inmigración y de asilo.

En consecuencia, pese a los intentos y avances decididos, como consecuencia, la política jurídica comunitaria de inmigración se hace aún hoy día un tanto compleja, planteándose realmente su existencia consolidada de conjunto, porque en ella cada uno de los Estados miembros coordinadamente son los que tienen que actuar y decidir de forma individualizada, en cuanto que básicamente se funciona a través de aspectos y dimensiones a cumplir en determinados ámbitos y según las directrices marcadas.

La perspectiva del futuro inmediato de la política de inmigración puede estar marcada por la “constitucionalización” de una política comunitaria doblemente orientada:

- a) Hacia el establecimiento de mecanismos de seguridad y control de los flujos migratorios. Por lo tanto, se daría cuenta de la estrategia de control defensivo, que normalmente es también necesaria. La cooperación interestatal en la lucha contra la inmigración ilegal, política típicamente defensiva y de control, en sí no debería primar nunca sobre las políticas de integración.
- b) Hacia la instauración marginalista de políticas comunitarias de integración (a través de un sistema de derechos “debilitado”). Con todo lo que se añade a aquella estrategia de control una orientación más integradora. Es decir, se trata de instaurar igualmente políticas comunitarias de integración que garanticen ciertos derechos sociales; en algunos casos como derechos debilitados; y en otros, como ordenación marginal respecto al objetivo de control social. Pero

lo importante, ahora, es que la integración encuentra fundamento y regulación jurídico-constitucional, y a los inmigrantes regularizados se les dota de ciertas garantías (al menos a los regularizados). Esa doble dimensión está presente en el texto del Sistema de los Tratados, en la versión dada por el Tratado de Lisboa.

Esta aproximación reguladora más compleja es la que parece reflejarse en el Sistema de los Tratados de la UE. Se ha de analizar, siquiera brevemente, estos dos aspectos integrados.

Debe señalarse que, en el marco de la política social, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de “las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión” (art. 153.1.f) del TFUE). En este ámbito “el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad”, aunque el Consejo, por unanimidad, podrá decir que el procedimiento legislativo ordinario sea el aplicable (art. 153.2. TFUE).

Se introduce todo un Capítulo (el cap. 2 del Título V del TFUE, artículos 77 a 80) dedicado explícitamente al tratamiento de las “Políticas sobre controles en las fronteras, Asilo e Inmigración”. Aquí el eje y principio-guía de la política de inmigración es el “control”, no la articulación de derechos o mecanismos de protección social. El art. 77 TFUE, establece que la Unión Europea desarrollará una política (nótese como aquí ha desaparecido la referencia a una política propia a la cual sí hacía alusión el Proyecto de Tratado de la Constitución Europea) que estará dirigida a garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; y a instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, como competencia específica de la Unión Europea. Esa es la finalidad preferente. Los medios que se establecen al servicio de la realización de esos fines son el establecimiento mediante normas europeas de las medidas relativas a la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración; los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por el territorio de la Unión Europea durante un período breve; cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores; y, por último, la ausencia de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores. No obstante, se deja a salvo el principio de soberanía territorial, al menos en un aspecto relevante. Se precisa inmediatamente que “el presente artículo no afectará a la competencia de los Estados miembros en lo que respecta a la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho internacional” (art. 77 TFUE). Es necesario realzar que el art. 77 (antiguo art. 62 TCE) del TFUE establece que en la Unión se desarrollará una política que tendrá un triple objetivo: 1) garantizar la ausencia total de controles

de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; 2) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; y 3) instaurar gradualmente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

Después de reconocer una política común en materia de asilo a todo nacional de un país tercero que necesite protección internacional y garantizar el respeto del principio de no devolución (el art. 78 TFUE conforma un estatuto uniforme de derechos de las personas en dicha situación y mecanismos de gestión de los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal), se precisa que la Unión Europea desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, la gestión eficaz de los flujos migratorios, el trato equitativo (fórmula debilitada del principio de trato igual) de los nacionales de terceros países en situación regular de residencia en los Estados miembros, así como la prevención y lucha reforzada contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos (art. 79 TFUE).

En esa lógica interna de los “medios instrumentales” para perseguir ese objetivo, se indica, en primer lugar, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en diversos ámbitos. En segundo lugar, esas medidas están dirigidas tanto al control de los flujos migratorios como a la articulación de políticas de integración. Respecto al primer aspecto decir que esas medidas podrán incidir en: a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación legal; y d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños (art. 79.2 TDUE).

En tercer lugar, se postula una integración a través de los derechos, aunque enmarcada de una política de control; esto es, la definición de los derechos de los nacionales de terceros países en situación regular de residencia en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros (art. 79.2.b) del TFUE) (en la reforma del Tratado de Lisboa no se ha llegado tan lejos como lo hiciera el “Proyecto de Tratado constitucional de la UE”, siendo de destacar la importante previsión de que el constituyente introdujera un mandato al legislador comunitario, a saber: una Ley marco europea “establecerá (imperativo categórico) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países” –art. III. 267 TCUE–). Es así que la Unión Europea debería legislar sobre los derechos de los inmigrantes de terceros países (los extranjeros en sentido estricto) que residan legalmente en un Estado miembro,



con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros (art. 79.2.b) del TFUE).

Igualmente, se impone el deber público de regular la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes ilegales (art. 79.2.d) del TFUE). Por último, se deberá legislar sobre las medidas de lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños (art. 79.2.d) del TFUE). El Sistema de los Tratados se ocupa de instaurar una política europea de coordinación, fomento y apoyo de las políticas nacionales en materia de integración de los inmigrantes (a través de leyes o leyes marco europeas se podrán establecer medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros a fin de propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros). Nuevamente se deja a salvo las políticas nacionales sobre contingentes de inmigrantes: indicando que el presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros de establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo asalariado o no asalariado (cfr. Art. 79.5 TFUE).

Por otra parte, el Sistema de los Tratados se ocupa de instaurar una política europea de coordinación, fomento y apoyo de las políticas nacionales en materia de integración de los inmigrantes –a través de leyes o Directiva (verdaderas “leyes marco europeas”, al decir del non nato Proyecto de Constitución Europea de 2004) se podrán establecer medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros a fin de propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembro–. Nuevamente, se dejan a salvo las políticas nacionales sobre contingente de personas inmigrantes extranjeras, indicando que el presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros de establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de ellos con el fin de buscar trabajo asalariado o no asalariado (art. 79.5 del TFUE)<sup>44</sup>.

Señalar, igualmente, que se podrá establecer, con arreglo al procedimiento ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinadas a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (art. 79.4 TFUE).

Todas las políticas de la Unión Europea en materia de controles fronteras, asilo e inmigración se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero.

<sup>44</sup> López Insua, B. M.: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

Además, cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio (art. 80 TFUE).

En suma, el Sistema de los Tratados de la UE refleja la pretensión de establecer una política de inmigración europea con base a varios grupos de principios interrelacionados: el principio de competencia, el principio de seguridad y control y el principio de subsidiariedad (especialmente en lo que se refiere a la integración por vía de Derecho) en el cuadro delimitador de los instrumentos normativos de la Unión Europea.

No obstante, en un Informe reciente de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) se concluye en una valoración crítica: El nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo<sup>45</sup> (que está previsto que entre en vigor en 2026) no aborda las principales deficiencias que desde hace décadas impiden la construcción de un verdadero Sistema Europeo Común de Asilo y debilita el necesario equilibrio entre la solidaridad y las responsabilidades compartidas entre los Estados miembro. Lejos de un enfoque garantista centrado en la protección de las personas, se afirma, la reforma plantea graves riesgos para el derecho de asilo y los derechos humanos poniendo un especial foco en las medidas de externalización de fronteras y retorno a terceros países. El objetivo prioritario es impedir que las personas lleguen y si llegan, expulsarlas lo más rápido posible<sup>46</sup>. Predomina el enfoque de “seguridad interior” y la tendencia a la externalización de las fronteras a terceros Estados que no respetan los derechos humanos, lo cual entraña el riesgo de compeler a los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas a arriesgar la vida en viajes cada vez más peligrosos. Debería predominar, por el contrario, un enfoque basado en la garantía de los derechos, el principio de solidaridad respecto a los que se ven obligados a la migración, pero también una política exterior europea que afronte las *causas reales* de las migraciones y promueva la paz y el derecho humano al desarrollo económico y social de los países de origen<sup>47</sup>. Si no se atiende a las causas (la guerra, órdenes económicos y estructuras de desigualdad que no garantizan la posibilidad

<sup>45</sup> Como se indicó, el Consejo de la Unión Europea adoptó el Pacto de la UE sobre Migración y Asilo el 14 de mayo de 2024. En el fondo lo que se lleva a cabo es una revisión completa del sistema de migración y asilo de la UE. En tal sentido el Consejo han adoptado una serie de actos legislativos que reforman todo el marco europeo para la gestión de la migración y el asilo. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-s-pact-on-migration-and-asylum/>

<sup>46</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR): *El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Retos y amenazas para los derechos humanos*, Madrid, Servicio de Investigación y Estudios del Área de Incidencia de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), 2024, págs. 63.

<sup>47</sup> Monereo Pérez, J.L.: “Derecho al Desarrollo (artículo 28 DUDH; artículo 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas Concordantes)”, en Monereo Atienza, C., Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos,*

de subsistir o de salir de la pobreza, etcétera). La desatención a las causas favorece el discurso subyacente a la “Europa fortaleza”. Los flujos migratorios son expresión de un “hecho social total” y, por tanto, son cuestiones tanto de política “exterior” como de política “interior” en el espacio geopolítico de la Unión Europea.

Para fundamentar este enfoque garantista de los derechos (y dando por supuesto la existencia del sistema internacional de garantía multinivel de los derechos fundamentales de las personas migrantes) en la Unión Europea sería suficiente recordar el grupo normativo formado por una serie de artículos de la CDFUE: artículos 1 (“Dignidad humana”)<sup>48</sup>, 2 (“Derecho a la vida”)<sup>49</sup>, 18 (“Derecho de asilo”)<sup>50</sup>, 19 (“Protección en caso de devolución, expulsión y extradición”)<sup>51</sup>, entre otras disposiciones sobre derechos fundamentales garantizados en este instrumento con rango equiparado a los Tratados fundacionales de la UE (art. 6.1 TUE)<sup>52</sup>.

*sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, págs. 951-983.

<sup>48</sup> Según el cual: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

<sup>49</sup> El cual garantiza que: “1. Toda personas tiene derecho a la vida. 2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado”.

<sup>50</sup> A cuyo tenor: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

<sup>51</sup> Conforme al cual “1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. Reténgase que los Protocolos números 4 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíben al Estado la expulsión de nacionales y las expulsiones colectivas de extranjeros. Véase, asimismo, artículos 15 DUDH, 13 y 24.3 PIDCP y 2.3 PIDESC.

<sup>52</sup> Véase los estudios recogidos en Monereo Atienza, C., Monereo Pérez, J.L.: (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.