

# UN CÓDIGO DE DERECHOS PARA LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS RESIDENTES LEGALES EN LA UE: UN AVANCE EN DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

## *A LEGAL CODE FOR NATIONALS OF THIRD STATES LEGALLY RESIDENT IN THE EU. AN ADVANCE IN ANTI-DISCRIMINATION LAW*

**Mercedes Moya Escudero\***

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CENTRALIDAD DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS COMPARABLES. III. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD DE UN CÓDIGO DE DERECHOS DE LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS. IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

RESUMEN: Desde inicios del siglo XXI se asiste al desarrollo de una diversidad de estatutos jurídicos para los residentes legales en Europa que volatilizan el principio de igualdad de trato y de no discriminación, bajo el amparo de ciertas directivas. La discrecionalidad que tales directivas otorgan a los Estados Miembros de la UE está produciendo tal nivel de injusticia social y de segmentación humana, que se pone en riesgo la seguridad y la justicia europea. Por este motivo, consideramos que un código de inmigración es esencial para generar una base jurídica común que impida que los estados puedan adoptar tratos favorables no razonables respecto a cierto tipo de trabajadores altamente cualificados, mientras que colocan a otros en una situación de clara desventaja. En este trabajo procederemos al análisis de los tratados constitutivos y de los instrumentos jurídicos elaborados por las instituciones europeas, con el fin de hallar una base firme de legitimidad jurídica desde la que incentivar un código europeo de inmigración.

*ABSTRACT: Since the beginning of the 21st century, a variety of legal statutes have been developed for legal residents in Europe, which undermine the principle of equal treatment and non-discrimination under certain directives. The discretion that such directives grant to EU Member States is producing such a level of social injustice and human segmentation that European security and justice is put at risk. For*

---

Fecha de recepción del original: 12 de agosto de 2017. Fecha de aceptación de la versión final: 9 de octubre de 2017.

\* Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada. Correo electrónico: [memoya@ugr.es](mailto:memoya@ugr.es) Este artículo se enmarca en el Proyecto I+D, Movilidad internacional de personas: El impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante” (DER2016-75573-R DER2016-78139-R), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

*this reason, we consider that an immigration code is essential for generating a common legal basis that prevents states from adopting unreasonably favourable treatment of certain types of highly skilled workers, while placing others at a clear disadvantage. In this paper, we will analyse the Constitutive Treaties and the legal instruments drafted by the European institutions, in order to find a firm basis of legal legitimacy from which to encourage a European Code of Immigration.*

**PALABRAS CLAVE:** Inmigración europea, ciudadanía europea, residentes legales, nacionalidad, derechos en la Unión Europea, igualdad, no discriminación.

**KEYWORDS:** *European immigration, European citizenship, legal residents, nationality, rights in the European Union, equality, non-discrimination.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

A lo largo de este estudio trataremos de demostrar que, dada la competencia que los Tratados constitutivos otorgan a la UE, ésta debe asumir el compromiso y el deber de conformar un código de inmigración que incluya el reconocimiento del catálogo de derechos que todos los Estados han de garantizar a los nacionales de terceros países residentes legales. Esta demanda se fundamenta en el análisis de los instrumentos jurídicos elaborados en el seno de la UE, en materia de inmigración legal. Los últimos años asistimos a una clara fragmentación humana en el seno de los Estados y al desarrollo de una diversidad de estatutos jurídicos para los residentes legales que volatilizan el principio de igualdad de trato y de no discriminación, bajo el amparo de ciertas directivas. La discrecionalidad que tales directivas otorgan a los Estados está produciendo tal nivel de injusticia social y de segmentación humana, que se pone en riesgo la seguridad y la justicia europea. Por este motivo, consideramos que un Código de inmigración es esencial para generar una base jurídica común que impida que los Estados puedan adoptar tratos favorables no razonables respecto a cierto tipo de trabajadores altamente cualificados, mientras que colocan a otros en una situación de clara desventaja. No negamos, puesto que así está permitido, que en ciertas circunstancias y para ciertos derechos, puedan establecer límites a su ejercicio. Sí nos oponemos a que tales límites no pasen un mínimo test de control y de racionalidad, que impida la arbitrariedad y la discriminación, tal y como hoy sucede. La discrecionalidad otorgada por las directivas a los Estados está siendo utilizada para vaciar de contenido los derechos individuales reconocidos a los residentes legales de terceros Estados, y para impedir en la práctica el cumplimiento de los objetivos que los organismos y documentos técnicos y políticos europeos declaran en materia de inmigración. Sin una regulación común europea en materia de inmigración, Europa verá peligrar su cohesión social y uno de sus principios jurídico-políticos clave: el principio de igualdad de trato y no discriminación. No es éste un riesgo futuro sino actual, tal y como se observa al analizar los textos elaborados por la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo Económico y Social, durante los últimos años; así como las denuncias presentadas por la Agencia de derechos fundamentales, en 2017.

Se ha evitado en este trabajo hacer mención a los argumentos políticos o éticos que existen en torno a la inmigración y a la ciudadanía europea, por haber sido ya objeto de reflexión por relevantes especialistas en la materia<sup>1</sup>. Sin embargo, entendemos que no se ha reflexionado suficientemente sobre la base jurídica que aportan los Tratados de la Unión y la actuación de las instituciones europeas en materia de inmigración. De ahí que consideremos el análisis de estos instrumentos jurídicos un elemento clave a la hora de proponer la elaboración de un código de inmigración.

## **II. LA CENTRALIDAD DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS COMPARABLES**

### **1. Garantía de un trato equitativo: eje vertebrador en los Tratados**

El desarrollo de las políticas públicas sobre inmigración y extranjería comienza en el seno de la Unión Europea con el incremento de los flujos migratorios hacia Europa, pero es en el Tratado de Ámsterdam donde se establece la competencia comunitaria sobre ambas materias<sup>2</sup>. Esta competencia se fundamenta en el convencimiento de que un espacio de libertad, seguridad y justicia exige una política común de inmigración que, entre otros aspectos, determine las condiciones de entrada y de residencia de los nacionales de terceros Estados (art. 73 k 3 a), así como la adopción de medidas para definir los derechos y condiciones con las que los nacionales de terceros países que residen en un Estado miembro pueden residir en otros Estados de la Unión (art. 73 k 4). No obstante, es importante señalar que, si bien el precepto contenido en el art. 73 utiliza los términos “derechos” y “condiciones”, cuando el residente legal pretende circular a otro Estado miembro, los derechos son rápidamente olvidados al abordarse la residencia legal en el Estado de acogida. Tanto en uno como en otro supuesto, nada impide a los Estados introducir disposiciones compatibles con el Tratado y con los acuerdos internacionales (art.73 K, apartados 3 y 4). Además, su adopción no está sometida al plazo de cinco años exigido para el resto de las medidas recogidas en el precepto.

---

<sup>1</sup> DE LUCAS MARTÍN, F.J., “Algunos riesgos de las propuesta de “ciudadanización” de los inmigrantes”, en SOLANES CORELLA, A. (coord.), *Derechos Humanos, Migraciones y Diversidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 11-28); id. “Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración”, en VV. AA. *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, ed. Eurobask, Bilbao, 2012, pp. 11-92; DE LUCAS MARTÍN, F.J. y GONZALEZ BEILFUS, M., *Inmigración y derechos humanos*, ed. Lex Nova, Madrid, 2012; RUBIO CASTRO, A. y MOYA ESCUDERO, M., “La ciudadanía en Europa y el fenómeno migratorio: nuevas desigualdades y servidumbres voluntarias”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 183-227.

<sup>2</sup> Ya en 1992, Hoogenboom planteaba que debía encontrarse una solución a la tensión creciente entre los ciudadanos europeos y los nacionales de terceros países residentes legales, bien otorgando competencias a la Comunidad europea o bien a través de la cooperación intergubernamental, HOOGENBOOM, T., «Integration into Society and Free Movement of Non-EC-Nationals», *European Journal of International Law*, núm. 3, 1992, pp.36-52.

El 29 de octubre de 2004 se firma en Roma el Tratado constitucional europeo, que debería haber entrado en vigor en el año 2006. Con el objetivo de garantizar, en todo momento, un trato equitativo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, se dispone que deberá elaborarse una ley o ley marco europea. Esta ley establecerá 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 (art. III-267).<sup>3</sup> En esta norma se observan dos diferencias fundamentales respecto al Tratado de Ámsterdam: la propuesta de una ley o ley marco desde la UE, y que esta ley defina los derechos asignados en el primer Estado miembro y no solo cuando el residente legal circule hacia otro Estado. A lo que hay que añadir otro dato importante: la UE reconoce su competencia y posible apoyo a la acción de los Estados miembros. Un apoyo que se supone económico, para implementar los derechos que se establezcan por aquella. Pero, al no entrar en vigor, la elaboración de dicha ley dejó de ser exigible, quedando en el olvido un compromiso que estimamos imprescindible.

Días después de la firma del malogrado Tratado, se aprueba el Programa de La Haya. En este texto el Consejo Europeo, aunque reconoce los progresos ya realizados por lo que se refiere al "buen trato" que debe dispensarse a los ciudadanos de terceros países que residen legalmente en la UE, pide que haya igualdad de oportunidades que les permitan participar plenamente en la sociedad. En respuesta al mandato contenido en aquel, de elaborar un conjunto de principios básicos a nivel de la Unión para disponer de un marco coherente para la integración de los nacionales de terceros países residentes legales<sup>4</sup>, el Consejo aprueba los Principios Básicos Comunes (PBC)<sup>5</sup>. Pero estos no tienen carácter vinculante,<sup>6</sup> por lo que el seguimiento de los estándares que incorporan dependerá de la aceptación que de los mismos hagan Estados<sup>7</sup>. La necesidad de establecer medidas para promover el reconocimiento de las cualificaciones y la formación, y facilitar el acceso al empleo; los esfuerzos que han de realizarse en

<sup>3</sup> DO C310, de 16 de diciembre de 2004. La ley o ley marco europea, disponía aquel precepto, podrá instaurar 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.

<sup>4</sup> Aprobado el 5 de noviembre de 2004. El Plan de Acción del Programa se plasma en la Comunicación de la Comisión, de 10 de mayo de 2005, titulada «Programa de La Haya para la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea» (COM (2005) 0184).

<sup>5</sup> Conclusiones del Consejo europeo de 16/17 de diciembre de 2004 (16238/1/04 REV 1).

<sup>6</sup> LOPEZ PICH, afirma que el considerando octavo no deja lugar a dudas. Su objetivo es «contribuir a que los Estados Miembros formulen políticas de integración, ofreciéndoles una guía no vinculante, sencilla pero bien fundada, en forma de principios básicos, a la luz de los cuales puedan evaluar y juzgar sus propios esfuerzos.», LÓPEZ PICH, P., "La política de integración de la Unión Europea", *MIGRACIONES*, núm. 22, 2007, ISSN: 1138-5774, pp. 221-256, en concreto 243-244.

<sup>7</sup> Vid. ILLAMOLA DAUSÀ, M., "Los principios básicos comunes como marco de la política de integración de inmigrantes de la Unión y su incorporación a la política española de inmigración", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, núm. 38, 2011, pp. 155-182, p.159.

educación y al conocimiento básico del idioma; el acceso de los inmigrantes a los servicios públicos y privados en las mismas condiciones que los ciudadanos; la mejora de las condiciones de vida en las zonas urbanas, o la participación en el proceso democrático..., siguen reproduciéndose desde entonces como objetivos aún pendientes de cumplir en los sucesivos instrumentos generados en el seno de la UE.

Aunque tiene carácter vinculante el Pacto europeo sobre inmigración y asilo, refrendado de forma solemne el 16 de octubre de 2008<sup>8</sup>, en el que se continúa insistiendo en la necesidad de reconocer determinados derechos a los inmigrantes por el Estado miembro de acogida, no llega más allá de “invitar”, sobre la base de los PBC, a que se generen políticas armoniosas de integración que deberán basarse en el equilibrio derechos (en particular acceso a la educación, al empleo, a la seguridad y a los servicios públicos) y deberes (respeto a las leyes del país de acogida).

El art. 79 del Tratado de Lisboa (TFUE) reproduce en parte lo establecido en el Tratado Constitucional<sup>9</sup>. En dicha norma se dispone que el Parlamento y el Consejo “adoptarán medidas respecto: 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 residencia en los demás Estados miembros”<sup>10</sup>. Se admite, también, la posibilidad de adoptar medidas para fomentar y apoyar la acción de los

---

<sup>8</sup> Desde que se aprueban los PBC hasta la elaboración del Pacto se generan un conjunto de instrumentos entre los que creemos importante destacar: Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; Comunicación de la Comisión, de 1 de septiembre de 2005, «Programa Común para la Integración - Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea» (COM(2005)0389). En ella 2005 marca como objetivo controlar la aplicación de las Directivas sobre discriminación en la contratación y en la aplicación del estatuto de residente de larga duración; respecto a educación no solo proclama el derecho a la misma y el acceso a la enseñanza superior sino también que los Estados provean los medios para el efectivo ejercicio de ese derecho; Resolución, de 6 de julio de 2006, sobre las estrategias y los medios para la integración de los inmigrantes en la Unión; Comunicación de la Comisión, de 16 de mayo de 2007, «Migración circular y asociaciones de movilidad entre la Unión Europea y terceros países» (COM(2007)0248), o el Plan de política en materia de inmigración legal aprobado en septiembre de 2007 (DO 219, de 28 de agosto de 2008), donde se insiste en el reconocimiento de un marco de derechos a los residentes legales.

<sup>9</sup> Vid., entre la numerosa y relevante doctrina que se ha ocupado del tema, DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa”, MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (Ed.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Madrid, 2008, pp. 417-435; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa,” *Revista de las Cortes Generales*, núm. 70-72, 2007, pp. 85-126; Ch. BERTRAND, “Les conditions d’une politique commune de l’immigration: apport et limites du traité de Lisbonne”, *Europe*, núm. 2, 2010; S. Wolff y F. Trauner, “A European Migration Policy fit for Future Challenges”, *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2011, pp. 63-78.

<sup>10</sup> Versión consolidada (DOUE C 202, de 7 de junio de 2016, p.47). Antes de la entrada en vigor del Tratado, el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre el tema “Elementos para la estructura, organización y funcionamiento de una plataforma para la mayor participación de la sociedad civil en la promoción a nivel comunitario de políticas de integración de nacionales de terceros países”, mantiene que la integración cívica «se basa en la progresiva equiparación de los inmigrantes con el resto de la población, en derechos y deberes, así como su acceso a bienes, servicios y cauces de participación ciudadana en condiciones de igualdad de oportunidades y de trato” (DO C 27 de 3 de febrero de 2009).

Estados miembros destinada a propiciar la integración de los que residan legalmente en su territorio. Integración que, obviamente, debe referirse al ejercicio de determinados derechos que hoy se encuentran limitados cuando no suprimidos. Pero ha quedado en el camino quizás lo más importante: la obligatoriedad de elaborar una ley o ley marco europea. Se ha sustituido por adopción de medidas, mandato mucho más abstracto que no garantiza, aunque tampoco impide, la adopción de la misma.

## **2. Diferencias por razón de nacionalidad**

Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, a finales de 1999, los jefes de Estado y de Gobierno europeos, reunidos en la ciudad finlandesa de Tampere, decidieron impulsar una política común de inmigración y asilo basada en cuatro pilares. Uno de estos pilares consistía en lograr un planteamiento común que garantizara la integración en nuestras sociedades de los nacionales de terceros países que residen legalmente en la Unión y les otorgara un trato justo. Una política de integración más decidida, argumentaban, debe encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural, y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia. Y concluyeron que el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. Comienza así una incipiente política de inmigración en Europa ubicada en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en la que se insta a conceder a los nacionales de terceros Estados residentes legales derechos “comparables” y a que se “fomente” la ausencia de discriminación. Y, si se trata de un residente de larga duración, que se le otorgue un conjunto de derechos, “lo más cercano posible” al ciudadano de la UE. Por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia. El Consejo Europeo hace suyo, además, el objetivo de ofrecer a los nacionales de terceros países, que hayan residido legalmente durante un periodo prolongado, la posibilidad de obtener la nacionalidad del Estado miembro en que residen.

Frente a estos buenos deseos, las Directivas 2000/43CE, sobre igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, si bien proclaman su aplicación a todas las personas, explicitan de manera nítida que no afectan a las diferencias de trato por razón de nacionalidad<sup>11</sup>. Ello ha

---

<sup>11</sup> La igualdad afecta a: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas (art. 3.3). Ambas Directivas en Considerandos 13 y 12 respectivamente, disponen: “A tal fin, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o

permitido a la UE y a sus Estados miembros regular limitando, y por tanto discriminando, el ejercicio de los derechos plasmados en las Directivas respecto a los nacionales de terceros Estados. Además, las restricciones se producen, en mayor o menor grado, según la autorización de trabajo que el extranjero posea, al fijarse cotas de desigualdad, no solo con los ciudadanos de la UE, sino también entre los nacionales no comunitarios a tenor de la actividad laboral que realicen<sup>12</sup>.

La desigualdad que esta normativa produce no la subsana la Carta de derechos fundamentales, aunque proclame solemnemente el principio de igualdad en el art. 20<sup>13</sup>. A su tenor, la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, se circunscribe al ámbito de aplicación de la Constitución. Y esta solo exige adoptar medidas para definir los derechos de los residentes legales y las normas que los regulan<sup>14</sup>. Estas normas son hoy, como hemos mencionado, las Directivas reguladoras de las diferentes autorizaciones de residencia y trabajo que, si bien parten de la igualdad, permiten a los Estados miembros restringir determinados derechos. Aunque en la Carta se reconoce la titularidad de los derechos a la educación, prestaciones sociales, seguridad social, salud, los llamados en el propio texto derechos de solidaridad a todas las personas, pero la remisión a la legislación nacional y a las prácticas nacionales para su ejercicio los limita, pudiendo llegar a negarlos<sup>15</sup>. Es particularmente grave que en la Carta se proclame de manera expresa la posibilidad de discriminación en algo tan fundamental como las condiciones laborales<sup>16</sup>.

---

convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva. Esta prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y la ocupación, ( DO L 180, de 19 de julio de 2000, P. 0022, y DO L 303, 2 de diciembre de 2000, p.0016, respectivamente).

<sup>12</sup> Vid. Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Directiva de igualdad racial) y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación ( COM/2014/02 final).

<sup>13</sup> DO C 364, de 18 de diciembre de 2000, p.1. No es objeto de este trabajo el análisis de la Carta al que la doctrina ha dedicado magníficos trabajos en los que se pone de manifiesto que el ejercicio de los derechos sociales, incluso para los ciudadanos de la UE, queda ampliamente en manos de cada Estado y que algunos de ellos fueron reacios a su inclusión en la Carta.

<sup>14</sup> Sin embargo, no puede olvidarse que en el art. 2 se dispone: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” .

<sup>15</sup> Incluso en algo tan fundamental como el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia se dispone: “según las leyes nacionales que regulen su ejercicio” (art.9). Ello da lugar a que en algunos Estados la autoridad competente se niegue a celebrar el matrimonio de un extranjero en situación irregular (caso de Bélgica, por ejemplo).

<sup>16</sup> El art. 15.3 utiliza el término equivalente: “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 que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”.

Los derechos de ciudadanía, contenidos en el título, V se reconocen a los ciudadanos de la Unión, si bien extiende algunos de ellos a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro,<sup>17</sup> y permite en un futuro más o menos próximo que se conceda la libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de país de la UE (art. 8)<sup>18</sup>. Pero el derecho de ciudadanía por excelencia, el derecho al sufragio activo y pasivo, recogido en el art. 39 de la Carta para las elecciones al Parlamento Europeo y en el art. 40 para las municipales, tiene como exclusivo destinatario al ciudadano de la Unión, al nacional de un Estado miembro. El reconocimiento de este derecho no se tipifica en ninguno de los instrumentos jurídicos vigentes que regulan los derechos de los residentes legales. Y es que aún no se ha construido el concepto de euroextranjero, tan solo existe el eurociudadano<sup>19</sup>

El hecho de que pueda discriminarse por razón de nacionalidad, es decir, se permita jurídicamente y se produzca de facto, aleja a ambos estatutos de manera relevante. Esta afirmación se corrobora en el Reglamento (UE) núm.1381/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establece el programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía» para el período 2014-2020. Su objetivo general es contribuir, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, a seguir desarrollando un espacio en el que se promuevan, protejan y ejerzan de forma efectiva la igualdad y los derechos de las personas consagrados en el TUE, en el TFUE, en la Carta y en los convenios internacionales de derechos humanos a los que se ha adherido la Unión. Pero, desde el primer objetivo específico se afirma que no se incidirá en las desigualdades por razón de nacionalidad, puesto que se trata de: promover la aplicación efectiva del principio de no discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual, y de respetar el principio de no discriminación por los motivos contemplados en el artículo 21 de la Carta<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Derecho a someter al Defensor del Pueblo los casos de mala administración en la actuación de las instituciones, derecho de petición al Parlamento Europeo, derecho a una buena administración. Se han hecho, por tanto, oídos sordos a opiniones tales como la contenida en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema, “Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea” que proponía una noción extensa de ciudadanía cuyo ámbito de aplicación personal incluyera a quienes, siendo nacionales de terceros países, se encuentren en situación de residencia estable o larga duración, noción que se corresponde con la adoptada por la Comisión bajo la denominación de “ciudadanía cívica” (DO C 208, de 3 de septiembre de 2003, p.0076).

<sup>18</sup> Precisamente, como se ha mencionado anteriormente, el Tratado de Lisboa dispone que deberán establecerse las condiciones para que puedan circular a otro Estado miembro, condiciones que, con restricciones variadas, se recogen en las Directivas vigentes y que suponen, al menos, el reconocimiento del mencionado derecho. No obstante, en este trabajo no se abordará el análisis del derecho de libre circulación, que analicé en un trabajo anterior, “La libertad de circulación en Europa: los nuevos estatutos personales”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, ISBN: 978-84-9004-975-4, pp. 661-677.

<sup>19</sup> Vid. ZAPATA BARRERO, R., “Política de inmigración y Unión Europea”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 104, 2000, pp. 26-32.

<sup>20</sup> DOUE L 354, de 28 de diciembre de 2013, p.62. El apartado h) no está pensado claramente para los nacionales de terceros Estados en cuanto insta a promover y mejorar el ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión.



La cruda realidad es que el origen nacional es la única causa de discriminación en la UE lo que origina la diversificación del estatuto jurídico de los extranjeros<sup>21</sup>. Y no es casual que la mayor parte de las normas gestadas hasta ahora en el seno de la UE, al igual que las creadas en los parlamentos estatales de los Estados miembros, se dediquen a diseñar un régimen discriminatorio de acceso del extranjero a los beneficios económicos, representados hoy por el puesto de trabajo. La discriminación económica, reverso de la protección económica del nacional, es una de las claves sociales del tratamiento del problema de la inmigración, lo que obliga muchas veces al trabajador extranjero a intentar por cualquier medio la adquisición de la nacionalidad del Estado en el que reside.

Y es que la idea de exclusión, como enfoque regulador de las sociedades receptoras de inmigrantes, es una noción que tiene su punto de encuentro en la noción de ciudadanía y su repercusión en los derechos que pueden ejercerse. Es cierto, como se tendrá ocasión de comprobar posteriormente, en numerosas comunicaciones, dictámenes, resoluciones..., que se insta a la búsqueda de mecanismos que permitan la integración a través del empleo, la educación, la prestación de servicios sociales, el logro de una vivienda digna...etc., destinando importantes partidas económicas a coadyuvar al cumplimiento de tal finalidad. Pero, ello no será posible mientras las normas comunitarias permitan que los Estados miembros puedan limitar o, incluso negar, el ejercicio de derechos básicos por razón de nacionalidad. Una discriminación que se acrecienta en función de la autorización administrativa concedida. Y desde luego, no será posible si, allá donde se legisla, se utiliza el término comparables y no el de iguales<sup>22</sup>. Esta parece también ser la opinión de la Agencia de Derechos Fundamentales en su informe, “Juntos en la UE: Promoción de la participación de los migrantes y sus descendientes”, en el que denuncia que 16 Estados miembros no protegen a los migrantes contra la discriminación en función de su nacionalidad o estatus como migrante, refugiado o extranjero, lo que puede enmascarar una discriminación racial o étnica<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Ni siquiera podemos confiar en la adhesión al Convenio Europeo de derechos humanos puesto que su presente es nulo y su futuro realmente incierto. Ante la imposibilidad de citar toda la doctrina, mencionar dos trabajos alejados en el tiempo de Elisa PEREZ VERA, “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, *RIE*, 1993 pp. 459-484, y “La problemática adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *España y la Unión Europea en el orden internacional*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 57-72; MARTÍN PEREZ Y NACLARES, J., “Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, núm. 48, 2014, pp. 379-399; MUÑOZ MACHADO, S., “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* ISSN 1138-4026, núm. 50, Madrid, 2015, pp. 195-230, y remitirnos a la bibliografía citada por estos autores.

<sup>22</sup> De todos modos, y como afirma Ferrajoli, la validez del Derecho no depende solo de sus formas sino también de que sus significados sean coherentes con las normas constitucionales que disciplinan su producción, FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, ed. Trotta, 2011, p.35.

<sup>23</sup> <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/migrant-participation>.

### 3. Fraccionamiento en la regulación de los derechos

Hasta ahora las normas que regulan los derechos de los trabajadores residentes legales son directivas que permiten, como ya hemos afirmado, y tendremos ocasión de comprobar, que los Estados limiten o restrinjan los derechos allí proclamados en función de sus necesidades e intereses<sup>24</sup>. El fundamento que está siendo utilizado para consolidar el proceso de diferenciación entre las personas es la seguridad y el control. En el interior de la clasificación tradicional, entre nacionales y extranjeros, se están desarrollando nuevos criterios de distinción en función de las necesidades del mercado de trabajo, modelo de movilidad y acuerdos o tratados con terceros países. Una distinción que podría parecer inocente, si no estuviera sirviendo en la práctica para jerarquizar a los seres humanos de una comunidad, distribuir y asignar derechos en función de estos estatutos y romper la idea de dignidad humana anexa a la igualdad en derechos. La realidad es que la Europa de los ciudadanos, el espacio de libertad, seguridad y justicia para la ciudadanía europea, está construyendo en su interior una pluralidad de estatutos jurídicos diferentes para las personas según su origen y nacionalidad, según residan o tenga su domicilio social en uno u otro país. Esto hace saltar por los aires los mínimos éticos establecidos en la Declaración universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, en donde se afirmaba que todos los seres humanos son iguales en dignidad y en derechos.

En 2006, en un intento de avanzar en la elaboración de instrumentos jurídicos que logren unificar los ordenamientos de los Estados miembros, se planteó un difícil reto al Consejo: regular las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, así como determinar los derechos de los que han de gozar. La propuesta de Directiva inicialmente elaborada fue rechazada por el Parlamento Europeo<sup>25</sup>. Las razones alegadas por sus detractores fue que no garantizaba el principio de igualdad de trato, y que se excluía a una parte de los trabajadores, trabajadores temporales, desplazados, trasladados por sus empresas... Pero también hubo quienes no aprobaron su contenido por estimar excesivos los derechos socioeconómicos reconocidos en la misma. El problema es que Estados como Alemania se negaban a reconocer derechos ni tan siquiera “comparables” a los de los nacionales. Y ello, a pesar de que la propuesta, como hoy la Directiva, permitía a los Estados miembros establecer límites al ejercicio de determinados derechos, incluso allí donde se reconoce la igualdad de trato. Sin embargo, y a pesar de las múltiples dificultades, el 13 de diciembre de 2011, el

<sup>24</sup> No se abordan los supuestos de los familiares de ciudadanos de la UE, nacionales de terceros residen con aquellos en la UE, regulados por la Directiva 2004/38/CE, y objeto de prolija jurisprudencia del TJUE. Citaremos solo la reciente sentencia del TJ, Gran Sala, de 10 de mayo de 2017 (C-133/15: Chávez-Vílchez y otros), referida precisamente al derecho por parte del padre a prestaciones sociales y prestaciones familiares supeditado a la residencia en un Estado miembro.

<sup>25</sup> Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, COM (2006) 386. La retirada en DOCE C 64, de 17 de marzo de 2006. No obstante, la necesidad de alcanzar los objetivos definidos en Tampere se reafirman en el Programa de Estocolmo, y el Consejo aprueba una nueva propuesta el 15 de diciembre de 2006 (COM 2007, 638).

Parlamento y el Consejo aprueban la Directiva 2011/98/UE por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir para trabajar en un Estado miembro y por la que se reconocen un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.<sup>26</sup> En el camino había quedado la inclusión de los trabajadores por cuenta propia que siguen en la actualidad regulándose por los ordenamientos jurídicos estatales.

El art. 12 de la Directiva proclama el derecho a la igualdad de trato respecto de los trabajadores nacionales de terceros Estados en situación legal en lo que se refiere a: condiciones laborales, incluso en materia de salario y despido, así como en materia de salud y seguridad en el trabajo; libertad de asociación y de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o 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; educación y formación profesional; reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos profesionales de conformidad con los procedimientos nacionales aplicables; ramas de la Seguridad social según lo definido en el Reglamento (CE) n° 883/2004; beneficios fiscales, siempre que se considere que el trabajador tiene su residencia fiscal en el Estado miembro de que se trate; acceso a los bienes y servicios y la 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; servicios de asesoría ofrecidos por las oficinas de empleo.

La Directiva de permiso único, destinada solo para el trabajador por cuenta ajena, no recoge todo el catálogo de derechos enunciados en las Directivas de igualdad anteriormente mencionadas. Además, una proclamada la igualdad de trato en los derechos que si enumera, permite que esta sea recortada por los Estados. Así, por lo que respecta a la educación y la formación profesional, podrá limitarse la aplicación de la Directiva a los trabajadores de terceros países que tienen un empleo o que lo hayan tenido y estén inscritos como desempleados, con exclusión de los trabajadores de terceros países que han sido admitidos en su territorio de conformidad con la Directiva 2004/114/CE; se permite la no concesión de los créditos y becas y de manutención u otros tipos de créditos y becas, o se establecen requisitos previos específicos, incluidos un conocimiento adecuado de la lengua y el pago de las tasas de matrícula de conformidad con el Derecho nacional, con respecto al acceso a la universidad y a la enseñanza postsecundaria así como a la formación profesional que no está directamente relacionada con la actividad laboral específica. Por lo que se refiere al acceso a bienes y servicios, además de permitir que se limite a los trabajadores que en ese momento tengan un empleo, se faculta a los Estados miembros a restringir el derecho a la vivienda. Y, en lo atinente a la Seguridad Social, la igualdad queda más que en

---

<sup>26</sup> Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 (*DOUE* de 23 de diciembre de 2011, p.1).

entredicho. Y precisamente, los derechos que los Estados pueden limitar son aquellos imprescindibles para la integración. Así lo reflejan los documentos específicos que se elaboran sobre esta materia en el seno de la UE<sup>27</sup>.

La Directiva de 'permiso único', a pesar de su nombre, en ningún caso constituye el único instrumento para regular la actividad laboral o profesional y los derechos de los trabajadores de terceros Estados en Europa. A pesar de su título "permiso único", "procedimiento único", hay un antes y un después de instrumentos jurídicos que regulan de manera específica la entrada, permanencia y derechos en razón de la actividad a realizar.

A los residentes de larga duración, se les reconoce, cuando lleven legalmente cinco años ininterrumpidos, el acceso al empleo en igualdad de condiciones que los nacionales siempre que no suponga, ni siquiera de manera ocasional, una participación en el ejercicio del poder público (art. 11.1)<sup>28</sup>. En este grupo deben incluirse los beneficiarios de protección internacional<sup>29</sup> y, lo que es importante: el trabajador por cuenta propia. Aquella igualdad, en principio, se les reconoce tanto en el Estado en el que han obtenido este estatuto<sup>30</sup> como si se desplazan a otro Estado miembro con tarjeta de residente de

---

<sup>27</sup> Si se dispone que 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 por vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo anterior de tales trabajadores y adquiridas con arreglo a la legislación mencionada en el artículo 3 del Reglamento (CE) no 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.

<sup>28</sup> Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa a los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DO* L 016, de 23 de enero de 2003, p. 0044). A tenor del art. 5.1, los Estados miembros requerirán al nacional de un tercer país que aporte la prueba de que dispone para sí mismo y para los miembros de su familia que estuvieren a su cargo de: En relación con lo dispuesto en las letras b), d), e), f) y g) del apartado 1, el Estado miembro de que se trate podrá restringir la aplicación de la igualdad de trato a los casos en que el lugar de residencia habitual o de inscripción del residente de larga duración, o de los miembros de su familia para los que se solicitaren las prestaciones o beneficio, se halle en su territorio. a) recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos antes de la solicitud del estatuto de residente de larga duración; b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales del Estado miembro de que se trate. 2. Los Estados miembros podrán requerir a los nacionales de terceros países que cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional.

<sup>29</sup> Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo con el fin de extender el ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional, que debía ser transpuesta antes del 20 de mayo de 2013 (*DOUE* L 132, de 19 de mayo de 2011, p.1).

<sup>30</sup> Así se establece la igualdad de trato: la educación y la formación profesional, incluidas las becas de estudios, de conformidad con la legislación nacional; el reconocimiento de los diplomas profesionales, certificados y otros títulos, de conformidad con los procedimientos nacionales pertinentes; las prestaciones de la seguridad social, de la asistencia social y de la protección social tal como se definen en la legislación nacional; beneficios fiscales; el acceso a bienes y a servicios y el suministro de bienes y servicios a disposición del público, así como los procedimientos para acceder a la vivienda; la libertad de

larga duración UE<sup>31</sup>. Pero acto seguido se declara la competencia de los Estados miembros para establecer restricciones a derechos esenciales para la integración,<sup>32</sup> tales como exigencia de nivel lingüístico adecuado para acceder a la educación y formación y exigencias adicionales para el acceso a la Universidad; restricciones en prestaciones básicas respecto a la asistencia social y a la protección social. A ello debe añadirse la facultad de los Estados de impedirles el acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia cuando, de conformidad con la legislación nacional o comunitaria vigente, dicho acceso esté reservado a los nacionales o a los ciudadanos de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo Y no puede olvidarse que la concesión del estatuto de residente de larga duración se supedita al cumplimiento de determinados requisitos administrativos cuya interpretación queda ampliamente a la discrecionalidad de los Estados.

Por su parte, 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*<sup>33</sup>, define exhaustivamente cada uno de los supuestos que incluye en su ámbito personal. El punto de partida respecto a investigadores es, de nuevo, la igualdad de trato, con remisión expresa a la Directiva de permiso único. Pero, acto seguido, se faculta a los Estados miembros para restringir ciertos derechos en los términos establecidos en la Directiva

---

asociación y afiliación y la participación en organizaciones de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional, incluidos los beneficios que tal tipo de organización pueda procurar, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y de seguridad pública (art. 11); el libre acceso a la totalidad del territorio del Estado miembro de que se trate, dentro de los límites impuestos por la legislación nacional por razones de seguridad.

<sup>31</sup> Sin olvidar que queda a los Estados miembros la determinación de los volúmenes de admisión. Pero siempre que el trabajador opte por solicitar la autorización de residencia de larga duración renunciando con ello, en caso de concesión de la misma, a su anterior estatuto como residente de larga duración en otro Estado miembro El Art. 15. 4 a) i) de la Directiva permite a los Estados miembros exigir, conforme a su legislación, bien pruebas de que tiene un contrato de trabajo, bien una declaración del empleador, o bien una propuesta de contrato.

<sup>32</sup> En relación con lo dispuesto en las letras b), d), e), f) y g) del apartado 1, el Estado miembro de que se trate podrá restringir la aplicación de la igualdad de trato a los casos en que el lugar de residencia habitual o de inscripción del residente de larga duración, o de los miembros de su familia para los que se solicitaren las prestaciones o beneficio, se halle en su territorio.

<sup>33</sup> *DOUE* núm. 132, de 21 de mayo de 2016, p.1. A pesar de los pocos años de rodaje de las anteriores Directivas relativas a esta materia: Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, y Directiva 2004/114/CE, relativa a los estudiantes, establece normas obligatorias para la admisión de estudiantes nacionales de terceros países. El objetivo es mejorar las disposiciones existentes y aplicar las disposiciones comunes a dos nuevos grupos: los aprendices remunerados y los *au pair*. Así el Preámbulo señala ciertas carencias, sobre todo en relación con las condiciones de admisión, los derechos, las garantías de procedimiento, el acceso de los estudiantes al mercado laboral durante sus estudios y la posibilidad de acceso al mercado laboral de estos y los investigadores, y las disposiciones relativas a la movilidad dentro de la Unión. También se han estimado necesarias algunas mejoras concretas en lo relativo a las categorías optativas de nacionales de países terceros.

2011/98/UE.<sup>34</sup> Esta remisión se tipifica también para las personas en prácticas, los voluntarios y *au pairs*, cuando se considere que han establecido una relación laboral, y los estudiantes<sup>35</sup>.

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, nace con el objetivo de convertir a la Comunidad en un destino atractivo para el talento y contribuir a la competitividad y el crecimiento económico<sup>36</sup>. Pero, como ocurrió con la anteriormente mencionada, a pesar de los pocos años de vigencia existe una propuesta de Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación, de 7 de junio de 2016<sup>37</sup>. La opción que se ha preferido en esta propuesta, entre las que se discutieron, ha sido no ampliar la tarjeta azul de la UE a los empresarios innovadores, es decir, trabajadores por cuenta propia. Si cubre, en cambio, a los beneficiarios de protección internacional en virtud de la Directiva 2011/95/UE («Directiva de reconocimiento»). Como todos estos instrumentos jurídicos, proclama la igualdad con los nacionales del Estado miembro que expidió la tarjeta azul (art. 22) pero, de nuevo,

---

<sup>34</sup> Los investigadores tendrán derecho a recibir un trato igual al dispensado a los nacionales del Estado miembro de que se trate según se dispone en el artículo 12, apartados 1 y 4, de la Directiva 2011/98/UE. Pero los Estados pueden excluir los créditos y becas de estudio y de manutención u otros tipos de créditos; no conceder prestaciones familiares a los investigadores que hayan sido autorizados a residir en el territorio del Estado miembro de que se trate por un período no superior a seis meses; o limitar el acceso a la vivienda.

<sup>35</sup> Cuando se considere que han establecido una relación laboral en el Estado miembro de que se trate, los alumnos tendrán derecho a la igualdad de trato en relación con el acceso a bienes y servicios y al suministro de bienes y servicios a disposición del público, conforme a lo dispuesto en el Derecho nacional, así como, en su caso, en relación con el reconocimiento de diplomas, certificados y otras cualificaciones profesionales, con arreglo a los procedimientos nacionales aplicables. Los Estados miembros podrán decidir no concederles la igualdad de trato respecto de los procedimientos de acceso a la vivienda o los servicios proporcionados por las oficinas públicas de empleo de conformidad con el Derecho nacional.

<sup>36</sup> *DOUE* L155 de 18 de junio de 2009, p.17. Para alcanzar estos objetivos se ha considerado necesario facilitar la admisión de trabajadores altamente cualificados y de sus familias mediante el establecimiento de un procedimiento de admisión abreviado y reconocerles unos derechos económicos y sociales en algunos ámbitos iguales a los que disfrutaban los nacionales del Estado miembro anfitrión<sup>36</sup>, si es importante señalar la definición que se recoge en el art. 2 de trabajador altamente cualificado. Se estima como «cualificación profesional superior»: la cualificación avalada por cualificaciones de enseñanza superior o, con carácter excepcional y si así lo establece el Derecho nacional, por un mínimo de cinco años de experiencia profesional de nivel comparable a las cualificaciones de enseñanza superior, y que es pertinente en la profesión o el sector especificado en el contrato de trabajo o en la oferta firme de empleo que debe presentarse para su solicitud.

<sup>37</sup> *COM* (2016) 378 final. Como diferencia respecto de la Directiva 2009/50/CE, la nueva propuesta no permite a los Estados miembros disponer de regímenes nacionales paralelos dirigidos al mismo grupo de trabajadores altamente capacitados. Con el fin de convertir la tarjeta azul de la UE en un régimen que realmente se aplique en el conjunto de la UE, los Estados miembros están obligados a conceder una tarjeta azul de la UE en lugar de un permiso nacional para un trabajo de alta capacitación a las personas incluidas en su ámbito de aplicación. Los Estados miembros solo podrán expedir permisos nacionales para los trabajadores nacionales de terceros países que no entren en el ámbito de aplicación de la Directiva, dentro de los límites establecidos en el resto de la legislación de la UE en materia de migración legal.

se establecen restricciones, esta vez sin remitir a la Directiva de permiso único. Los límites permitidos afectan a los siguientes derechos: créditos y becas de estudios y de manutención o a otros tipos de créditos y becas para enseñanza secundaria y superior y para formación profesional; procedimientos de acceso a la vivienda; el acceso a la enseñanza universitaria y postsecundaria podrá estar sujeto a requisitos específicos de acuerdo con el Derecho nacional.

Con el objetivo de lograr una auténtica política de inmigración común consistente en la elaboración de marcos nuevos y flexibles para la admisión de “inmigrantes” legales, se elaboran otras dos directivas: la Directiva 2014/36/UE, sobre las condiciones de entrada y residencia legal de trabajadores temporales<sup>38</sup> y la Directiva 2014/66/UE, relativa a los procedimientos de entrada, estancia y residencia de los trabajadores procedentes de terceros países trasladados por sus empresas<sup>39</sup>. Una vez cumplidas las condiciones de admisión, el trabajador se beneficiará, utilizando los términos de la doctora BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, por un lado, de un conjunto de “derechos instrumentales”, es decir, aquellos que vienen a asegurar la eliminación de los obstáculos al desplazamiento y la estancia en un Estado miembro, aspecto que no es objeto de nuestro trabajo. Y, por otro, de “derechos referenciales” que se configuran principalmente, en función del Estado de empleo o de acogida del trabajador migrante, es decir, son derechos que cada Estado miembro atribuye a sus nacionales y que van a extender en su caso a los trabajadores extranjeros (arts. 23 y 18 respectivamente)<sup>40</sup>.

Pues bien, por lo que se refiere a los trabajadores trasladados en el marco de una empresa, se proclama la igualdad de trato en el art. 17 y 18 de la Directiva mencionada, limitándose solo el derecho a prestaciones<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> 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 temporeros (*DOUE* núm.94, de 28 de marzo de 2014, p.375). Su objetivo, según el Preámbulo, es contribuir a la implementación de la estrategia de la UE 2020 y a una gestión efectiva de los flujos migratorios para la categoría específica de migración temporal de carácter estacional. Y justifican la norma, además, en que disposiciones sobre la migración circular de trabajadores temporeros entre la UE y los países de origen, facilitarían fiables remesas y transferencia de cualificaciones y de inversión.

<sup>39</sup> 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 (*DOUE* L157, de 27 de mayo de 2014, p.1). Su justificación, recogiendo el planteamiento del Programa de Estocolmo, es que los trasladados dentro de una misma empresa constituyen una categoría de trabajadores de gran relevancia para la economía de la UE ya que, por lo general, se trata de especialistas y directivos que poseen conocimientos específicos muy necesarios para las empresas y para quienes no se ha podido encontrar sustituto. Un análisis de ambas directivas, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Admisión de nacionales de terceros países para actividades de temporada y en el marco de un traslado intraempresarial: luces y sombras de la política de inmigración legal europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 34, 2014, pp. 1-19.

<sup>40</sup> BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *op.cit.* p.14.

<sup>41</sup> Por lo que se refiere a la relación laboral, se dispone que sea cual fuere la legislación aplicable a la relación laboral, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, apartado 4, letra b), las personas desplazadas en un marco intraempresarial admitidas conforme a la presente Directiva disfrutarán como mínimo de un trato igual al de las personas cubiertas por la Directiva 96/71/CE en lo que se refiere a las

La igualdad de trato también se explicita en la Directiva referente a los trabajadores temporeros que tendrán derecho al mismo trato que los nacionales del Estado miembro de acogida. No obstante, los Estados miembros podrán restringirla, excluyendo las prestaciones familiares y las prestaciones de desempleo, sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) no 1231/2010; limitando el derecho a la educación y la formación profesional a aquello que esté directamente vinculado a la actividad laboral específica, y excluyendo las becas y los préstamos para estudios y de manutención u otros tipos de becas y préstamos; por lo que se refiere a los beneficios fiscales, limitando su aplicación a los casos en los que el lugar de residencia registrado o habitual de los miembros de la familia del trabajador temporero para los que este solicita tales beneficios se encuentre en el territorio del Estado miembro de que se trate (art. 22.2). Con esta rebaja de derechos en el ámbito social y formativo, bajo la “excusa” de la temporalidad de la estancia, asistimos a una merma excesiva en cuanto al alcance del principio de igualdad de trato, al tiempo que evidencia el interés casi inexistente por la integración del extranjero en su nuevo espacio convivencial<sup>42</sup>.

Por último, señalar que todos estos instrumentos jurídicos reconocen el derecho a circular por el territorio del Estado de acogida y a trabajar para aquello que se les ha facultado, una vez concedida la autorización pertinente en función de lo estipulado de manera específica en cada Directiva. Un derecho, y esto es fundamental, que pierden si la autorización no es renovada o es retirada. Ello les introduce, en la mayoría de las ocasiones, en la categoría de “irregulares”<sup>43</sup>.

El marco de la justicia, centrado en el justo reconocimiento de derechos a quienes residen en Europa, queda en proclamaciones pomposas, alejadas de la realidad. Únicamente los residentes de larga duración, los investigadores y los profesionales altamente cualificados, hoy necesarios en Europa, reciben una mayor atención, sin que se les reconozca tampoco un elenco de derechos equiparable al de los nacionales del Estado en que residen. El Derecho que se está implementando en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE genera una fuerte segmentación en el concepto de ciudadanía mediante categorías y distinciones burocrático-administrativas que restringen de un modo significativo el reconocimiento y el acceso a los derechos a los nacionales de terceros Estados. La falta de legitimidad democrática de este poder clasificatorio de la Administración y las diferenciaciones que el mismo produce, hacen reavivar las viejas desigualdades entre seres humanos y aflorar nuevas servidumbres. Los viejos ejes de la conformación de la pertenencia, a partir de la exclusión, se

---

condiciones de trabajo y empleo de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE en el Estado miembro en el que se lleve a cabo el trabajo.

<sup>42</sup> Esta es la opinión que compartimos de BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *op.cit.* p.15.

<sup>43</sup> Importante en este punto, respecto los nacionales de terceros Estados en situación irregular, y la labor realizada por el TJUE, PÉREZ GONZÁLEZ, C. e IPPOLITO, F., “*Eppur si muove: nuevos caminos jurisprudenciales para la protección de los derechos sociales de los migrantes indocumentados en Europa,*” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN-L 1138-4026, núm. 53, 2016, pp. 79-116, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.53.02>.



observan renovados en lo superficial (fragmentación de la mano de obra) pero estáticos en su esencia (infravaloración del trabajo frente al capital y centralidad del control de fronteras).

### **III. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD DE UN CÓDIGO DE DERECHOS DE LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS**

#### **1. Necesidad de una acción unitaria para todos los residentes legales**

Como hemos podido comprobar, las normas gestadas hasta ahora en el seno de la UE permiten a los Estados limitar derechos sociales de los trabajadores extranjeros y sus familias, una posibilidad que utilizan en demasiadas ocasiones. Las instituciones de la UE intentan promover, por esta razón, en los Estados miembros el convencimiento de la relevancia de hacer real el ejercicio de los derechos reconocidos a estos residentes legales, como medio esencial para la integración y la justicia<sup>44</sup>. Y, reiteradamente, propugnan la necesidad de una auténtica política migratoria común.

En este sentido, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Programa de Estocolmo, bajo el título “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, defiende que una política de integración más enérgica ha de ir encaminada a conferir a los migrantes legales derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión; que este objetivo ha de continuar siendo central en el desarrollo de una política de inmigración común, y que debe ponerse en práctica antes de 2014<sup>45</sup>. El Consejo invita a la Comisión a que se presenten propuestas para consolidar la legislación, y todas aquellas modificaciones precisas para simplificar y/o en su caso ampliar la regulación existente y mejorar su aplicación y coherencia. En el Plan de acción presentado por la Comisión en abril de 2010, para aplicar el Programa de Estocolmo 2010-2014, ya se marca como uno de los objetivos a alcanzar conseguir un nivel uniforme de los derechos de los inmigrantes legales<sup>46</sup>. Se propone como acción dentro del capítulo, “Políticas anticipatorias respecto de los inmigrantes y sus derechos,” la elaboración de un Código de la inmigración para 2013, cuya finalidad será la consolidación de la legislación existente en materia de inmigración legal y su simplificación, así como la ampliación a las categorías de trabajadores no reguladas actualmente por la legislación de la Unión.

---

<sup>44</sup> Respecto al análisis de algunas de las vías indirectas que las instituciones comunitarias han articulado con el fin de incidir sobre las políticas de integración estatales y regionales, vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Facultades competenciales y funciones de las Comunidades autónomas en inmigración: un análisis desde las estrategias fijadas por la Unión Europea”, *ReDCE*, núm. 10, 2008, pp. 275-310, en concreto, 305-308.

<sup>45</sup> *DOUE* C 115, de 4 de mayo de 2010.

<sup>46</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 20 de abril de 2010, (*COM* (2010), 171 final, 20 de mayo de 2010).

Un año después, la Comisión en la “Agenda europea para la integración de los nacionales de terceros países”, afirma que garantizar un marco legislativo para la igualdad de trato y para la concesión a todos los migrantes de un nivel adecuado de derechos es parte de la actividad de la UE en apoyo de la integración. De ahí que “los Estados miembros deberían: adoptar medidas destinadas a poner en práctica el principio de igualdad y a evitar la discriminación institucional y en la vida diaria; y la Comisión debe asegurarse de: la correcta y plena aplicación de las directivas existentes en el ámbito de la no discriminación y de la migración legal”<sup>47</sup>. Sin embargo, dos años más tarde, en la Comunicación: “Una Agenda europea de migración”<sup>48</sup>, la Comisión se circunscribe lamentablemente a recomendar medidas dirigidas al mercado de trabajo y no a los trabajadores y sus derechos<sup>49</sup>. Sólo se marca como objetivos la elaboración de un Código de asilo (que aún está por llegar), una gestión común de las fronteras y la posibilidad de desarrollar, junto con los Estados miembros, un «sistema de manifestaciones de interés». Este sistema tendría como finalidad crear una «base a escala de la UE» de migrantes cualificados, accesible tanto para los empleadores como para las autoridades de los Estados miembros. La selección y el procedimiento de admisión seguirían realizándose a escala nacional, en función de las necesidades reales del mercado laboral de cada país, puesto que los volúmenes de admisión son competencia exclusiva de los Estados miembros. Esta propuesta, si se hace realidad, implicaría la creación de una nueva forma de discriminación, que se sumaría a las ya existentes<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Agenda Europea para la Integración de los Nacionales de Terceros Países», Bruselas, 20 de julio de 2011 (COM (2011) 455 final).

<sup>48</sup> Bruselas, 13 de mayo de 2015 (COM (2015) 240 final). El Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre la Agenda (DOUE C 71/46, de 24 de febrero de 2016), se ocupa poco de los aspectos de integración. Tampoco el Comité de las Regiones en su Dictamen sobre la Agenda Europea de migración (DOUE C 051, de 10 de febrero de 2016, p.3), aborda el reconocimiento de derechos. Ambos basan fundamentalmente sus dictámenes en los problemas de los refugiados y la necesidad de ordenar la migración legal.

<sup>49</sup> Así, se centra en dibujar los programas que deben atraer a nacionales de terceros Estados con talento tal como Horizonte 2020 y Erasmus+; la rápida modificación de la Directiva de estudiantes e investigadores cuyo objetivo es dar a estos grupos nuevas oportunidades de movilidad y de empleo, o un régimen atractivo para nacionales altamente cualificados. A lo que se añade el sector servicios donde trabajan profesionales extranjeros bien formados y altamente cualificados que necesitan viajar a la UE durante breves periodos de tiempo a fin de prestar servicios a empresas o entidades públicas. En la Comunicación de la Comisión: Balance de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM (2014) 130 final, Bruselas, 5 de marzo de 2014), se afirma que, para conseguir el objetivo marcado en materia de empleo, habrá que contar con otra fuente potencial de mano de obra, incluidos los inmigrantes. Conscientes de que puede resultar difícil incorporar a esas personas al mundo del trabajo, admite que probablemente pasen a formar parte de la mano de obra menos cualificada.

<sup>50</sup> Durante 2016, tanto en los trabajos de las tres presidencias como del Consejo, los temas de los flujos migratorios irregulares y la protección internacional han seguido teniendo suma prioridad. Además, las tres Presidencias se comprometieron a trabajar para garantizar un mayor vínculo entre migración, seguridad y política exterior. Por lo que se refiere a los Consejos celebrados en 2016 la crisis migratoria, los acuerdos con terceros Estados para evitar la avalancha de refugiados..., aspectos que no son objeto de este trabajo, ocupan todo el tiempo dedicado a migración. Vid. TUNÓN, J., “Crónica de la Unión Europea 2016 (enero-diciembre 2016), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm.32, 2016, pp.7-9.

Debemos aceptar, aunque no lo compartamos, que la Comisión en el Programa de derechos, igualdad y ciudadanía (2014-2020), no se marque como uno de sus objetivos contribuir a mejorar los derechos de los nacionales de terceros Estados residentes en Europa, ya que este documento está dirigido a quienes forman parte de la ciudadanía de la UE<sup>51</sup>. En la misma línea se pronuncia la Comisión en “La agenda de justicia de la UE para 2020 - Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento en la Unión”<sup>52</sup>. Esto no significa que estemos de acuerdo en que sólo se piense en la ciudadanía europea cuando se abordan cuestiones relacionadas con los grupos vulnerables, ignorando la vulnerabilidad de los residentes legales de terceros Estados, a los que sí hacía referencia el Programa de Estocolmo ya mencionado<sup>53</sup>. Pero es indiscutible que hoy por hoy, y seguramente también mañana, ser nacional de un Estado miembro es requisito previo para ser ciudadano de la UE<sup>54</sup>. Por esta razón, y aunque no constituye materia de este análisis, parece más razonable a efectos de que puedan gozar de los derechos de ciudadanía, que se flexibilicen las normas de adquisición de la nacionalidad de los Estados miembros, y se admita el *ius soli* con los matices necesarios para quienes nacen en el territorio de la UE<sup>55</sup>.

Como ráfaga de aire puro en una Europa contaminada por la crisis económica y el terrorismo, la Comisión presentó en junio de 2016 un Plan de acción destinado a ayudar a los Estados miembros a integrar a los cerca de 20 millones de ciudadanos de terceros países que residen legalmente en la UE, incluidos los refugiados<sup>56</sup>. Esta inclusión

---

<sup>51</sup> Reglamento (UE) núm. 1381/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establece el programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía» para el período de 2014 a 2020 (*DOUE* L 354, de 28 de diciembre de 2013, p.62). Evidentemente, y de manera indirecta, prevenir y combatir racismo..., igualdad entre hombres y mujeres, protección de menores..., también promoverá mejora en derechos para los que no son ciudadanos de la UE.

<sup>52</sup> Estrasburgo, 1 de marzo de 2014, *COM* (2014) 144 final.

<sup>53</sup> El estatus de extranjería se configura como una condición de vulnerabilidad de carácter interno que limita los derechos y acceso a recursos para su protección. Para superar la vulnerabilidad a la que se enfrenta, es necesario reforzar los instrumentos de proyección y garantía de los derechos humanos, compaginados con políticas proactivas, y la redefinición de los términos vinculados a la normativa reguladora de los derechos de los extranjeros desde el derecho internacional de los derechos humanos, SOLANES CORELLA, A., “Vulnerabilidad y derechos de los migrantes”, *Vulnerabilidad y protección de los Derechos Humanos*, ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 187-220.

<sup>54</sup> La Comisión, sobre la base irrefutable del Tratado, vuelve a dejar claro en la Decisión de 22 de marzo de 2017, en la que admite una iniciativa ciudadana sobre “Ciudadanía de la UE. Unidos en la diversidad a pesar del *ius soli* y el *ius sanguinis*”, que: “Ser nacional de un Estado miembro es un requisito previo para ser ciudadano de la Unión. El que una persona tenga la ciudadanía de la Unión está, por lo tanto, supeditado a la pertenencia a la Unión de, al menos, uno de los Estados de los que esa persona sea nacional” (núm. de registro: ECI (2017), 000003. Fecha de registro, 27 de marzo de 2017).

<sup>55</sup> Esta es la postura que vengo defendiendo en otros trabajos y que forma parte de la investigación del proyecto I+D en la que este artículo se inserta.

<sup>56</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Plan de Acción para la integración de nacionales de terceros países, Estrasburgo, *COM* (2016), 7 de junio de 2016, p.377 final.

muestra la apremiante necesidad de la integración de estas personas en Europa<sup>57</sup> y la necesidad de un código de asilo<sup>58</sup>.

La Comisión recuerda que los valores fundamentales de la Unión son: la democracia, el Estado de derecho y el respeto de los derechos fundamentales. Considera que en una época en que se registran niveles cada vez más altos de discriminación, prejuicios, racismo y xenofobia, hay imperativos legales, morales y económicos de defensa de los derechos fundamentales, los valores y las libertades de la UE, así como en pro de una sociedad global más cohesiva, e insiste en que los residentes legales de terceros Estados todavía encuentran serios obstáculos en derechos básicos como el sistema de enseñanza, el mercado laboral y el acceso a una vivienda decente<sup>59</sup>. Mantiene que, a pesar de los esfuerzos realizados, los nacionales de terceros países que residen en la UE todavía se encuentran en una posición de desventaja con respecto a los ciudadanos de la UE en términos de empleo, educación e inclusión social. Por ello, entiende necesario conceder prioridad a medidas específicas tales como la capacitación lingüística y la formación laboral en origen; garantizar el acceso a la formación y educación en el país de destino, en lo que deben incluirse medidas de mejora de las competencias de las personas menos cualificadas; acceso al empleo y reconocimiento de cualificaciones con especial atención a los refugiados; o acceso a los servicios básicos (vivienda digna y asequible, acceso a la sanidad...). En definitiva, la Comisión reitera en esta Comunicación, recordemos no vinculante, cuanto ha venido proponiendo a lo largo de los años, dirigido fundamentalmente a los trabajadores por cuenta ajena<sup>60</sup>. Y defiende que la integración

<sup>57</sup> Vid. FERNÁNDEZ SANCHEZ, P.A., "Las Políticas Públicas de Integración Social de los Refugiados, como Obligación Internacional y Europea" en ABAB CASTELO, M., BARRANCO AVILÉS, M.C. y LLAMAZARES CALZADILLA, M.C., (coords.), *Derecho y Minorías*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2015, pp. 163-191.

<sup>58</sup> Es verdad que el TFUE (art. 78) y la Agenda europea de migración se refiere a su elaboración pero en la reforma del sistema europeo común de asilo que se ha iniciado en 2016, no aparece como tal. En el segundo paquete de reformas, se propone sustituir la actual Directiva 2011/95 ya mencionada, donde se recogen los requisitos para saber quién es refugiado y quién es beneficiario de protección subsidiaria y los derechos que lleva aparejado dicho reconocimiento, por un reglamento donde se fijan normas uniformes para el reconocimiento de las personas que necesitan protección y los derechos otorgados a los beneficiarios de protección internacional, al que haremos referencia posteriormente. En esa norma se ofrecen incentivos para su integración activa mientras que la protección se concede permitiendo a los Estados miembros proporcionar cierta asistencia social condicionada a la participación efectiva en las medidas de integración en consonancia con el Plan de Acción en materia de Integración. Pero lo más llamativo de dicha norma es que sigue impidiendo la libertad de circulación de las personas con estatuto de protección internacional por el territorio de la UE. Asimismo, se propone modificar la Directiva de residentes de larga duración 2003/109/CE y establecer que el periodo de cinco años después del cual los beneficiarios de protección internacional tienen derecho al estatuto de residentes de larga duración se reinicie cada vez que una persona se encuentra en un Estado miembro distinto al que concedió la protección internacional, sin derecho a residir o permanecer en él de acuerdo con el Derecho interno o de la Unión pertinente. Incluso se puede limitar la residencia en el interior del propio Estado.

<sup>59</sup> En el programa de trabajo para el año 2016 aparece como iniciativa importante la Comunicación «Una nueva Agenda de Capacidades para Europa: Trabajar juntos para reforzar el capital humano, la empleabilidad y la competitividad» (Bruselas, 10 de junio de 2016, COM (2016) 381 final).

<sup>60</sup> La Comisión tan solo argumenta en el Plan de integración que respaldar el emprendimiento, incluso mediante el acceso a los programas existentes de concesión de microcréditos, es un recurso de vital importancia para fomentar la contribución de los nacionales de terceros países al conjunto de la economía

exitosa de los nacionales de terceros países es una cuestión de interés común para todos los Estados miembros.

También el Parlamento Europeo, en su Resolución de 14 de marzo de 2013, incluso con mayor insistencia, hace hincapié en la necesidad de garantizar a los nacionales de terceros Estados el acceso al mercado laboral y a las instituciones, así como a la educación, la seguridad social y la asistencia sanitaria, el acceso a bienes y servicios y la vivienda, y el derecho a participar en el proceso democrático; se considera que se han de adoptar medidas decididas para luchar contra la discriminación y el racismo en el marco de la crisis económica y financiera y del incremento del desempleo que genera; se destaca la necesidad de que los empleadores concedan un igual trato a todos los empleados. Se pide, además, a la Comisión y a los Estados miembros que se garanticen niveles igualitarios en la remuneración de los trabajadores inmigrantes y se respeten los derechos consagrados en los convenios colectivos. Se exhorta a los Estados a que controlen el cumplimiento efectivo de estos principios con el fin de evitar el dumping salarial y social, adoptándose pautas comunes en materia de lucha contra la discriminación laboral. Se subraya que los malos resultados escolares y los elevados índices de abandono escolar que afectan a los hijos de trabajadores migrantes deben ser abordados mediante la garantía de los derechos de los menores a la educación, la adopción de medidas, como medidas relativas a la financiación de los estudios, becas y la creación de otras formas de aprendizaje, así como el suministro de información sobre los sistemas de educación de los Estados miembros y los derechos y obligaciones que de ellos se derivan en el mayor número de lenguas posible; recuerda el éxito del sistema dual de aprendizaje/ sistema dual de formación existente en algunos Estados miembros para ayudar a los jóvenes inmigrantes a incorporarse al mercado laboral y reducir la tasa de desempleo juvenil, etc. En definitiva, el Parlamento recoge, una vez más, el catálogo de derechos esenciales para la integración, que las diferentes directivas permiten restringir<sup>61</sup>.

Por su parte, el Comité Económico y Social, ya en 2010, en su Dictamen sobre “El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en

---

y la sociedad. Según el Comité Económico y Social Europeo, se debería reconocer y respaldar el papel de estos en la estrategia de integración. Dictamen de iniciativa sobre “La contribución de los emprendedores a la economía” (2012/C 351/04).

<sup>61</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, sobre la integración de los inmigrantes, el impacto sobre el mercado de trabajo y la dimensión externa de la coordinación de los sistemas de seguridad social en la UE. Considera que la integración con éxito también conlleva la participación en los procesos políticos de toma de decisiones y que conviene promover, en particular, la participación de los inmigrantes en la sociedad; se pronuncia, por consiguiente, a favor de la ampliación de las posibilidades de participación social y en los procesos de decisión de carácter político en lo que se refiere a las personas de origen inmigrante, así como de fomentar el ejercicio de esas opciones. Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, (DOUE C36, de 29 de enero de 2016, p.91). En la Resolución de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración (2015/2095(INI)), si bien centrada en los refugiados, vuelve a reiterar la necesidad de una política común.

materia de inmigración”<sup>62</sup>, tras la denuncia de los problemas éticos, jurídicos y políticos a los que se enfrentaba Europa, saluda la iniciativa de la Comisión de ese mismo año de elaborar un Código que recoja y garantice los derechos fundamentales de todos los inmigrantes. Cuatro años más tarde, el CESE, considerando que la UE puede ser motor de dinamización en la construcción de una política común de inmigración, reitera la necesidad de ese Código<sup>63</sup>. Sostiene que la Unión debe dotarse de un código común europeo de inmigración y de un manual de directrices comunes europeas para asegurar su implementación y accesibilidad. Y el Comité de las Regiones aboga también por una política común europea basada en el pleno respeto de los derechos fundamentales<sup>64</sup>.

Por último, no puede dejar de citarse el informe de la Agencia de derechos fundamentales de la UE<sup>65</sup> que mantiene que el riesgo de segregación escolar, la discriminación y las restricciones a la participación política pueden constituir barreras insalvables a la integración de los migrantes en la sociedad de la Unión Europea. Una integración absolutamente necesaria para superar la crisis migratoria. En la propuesta de decisión del Consejo por la que se establece un marco plurianual para la Agencia de derechos fundamentales de la UE periodo 2018-2020, se sigue manteniendo como ámbito temático la migración, las fronteras, el asilo y la integración de refugiados y migrantes<sup>66</sup>. Dada su función de liderazgo, aunque no puede olvidarse el carácter técnico de la Agencia<sup>67</sup>, entendemos que debería haberse propuesto para el periodo 2018-2020 la elaboración de un Código de migración.

Es preciso señalar que en los documentos mencionados a lo largo de este trabajo, poco o nada se aporta en lo que se refiere al trabajador por cuenta propia. La Comisión reconoce el importante papel que desempeñan los inmigrantes como empresarios en la Agenda para la integración. Sin embargo, su potencial para contribuir a un crecimiento sostenible y al empleo se ignora en las iniciativas emblemáticas europeas, como la Estrategia Europa 2020. Según el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La contribución de los emprendedores inmigrantes a la economía”, el paquete de empleo de la UE se centra en el empleo remunerado como una manera para integrar a los inmigrantes. Sin embargo, excluye el papel de los emprendedores, que pueden contribuir a la creación de empleos de calidad y sostenibles y facilitar la inclusión económica y social tanto de los ciudadanos inmigrantes como de los autónomos. Los responsables políticos de la UE, continua, deberían incluir de manera activa y consistente a los inmigrantes emprendedores en sus estrategias<sup>68</sup>. Sin embargo, se les

<sup>62</sup> Dictamen de iniciativa, (2010/C 128/06), *DOUE* 128, 18 de abril de 2010, p. 2935.

<sup>63</sup> Dictamen sobre “Las políticas europeas de inmigración” (*DOUE* C 458, de 19 de diciembre de 2014, p.2).

<sup>64</sup> Dictamen del Comité de las Regiones, “Esfuerzos para fomentar una verdadera solidaridad mediante una auténtica política migratoria” (*DOUE* C19, de 21 de enero de 2015, p.54).

<sup>65</sup> Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017.

<sup>66</sup> Comisión Europea, Bruselas, 5 de julio de 2016 (*COM* 2016, 442 final)

<sup>67</sup> *Vid.* PI LLORENS, M., “La agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea: ¿avance u oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, núm. 27, 2007, pp. 575-593

<sup>68</sup> Dictamen de iniciativa, 2012/C 351/04.

eliminó de la Directiva de permiso único y no se ha planteado desde entonces una regulación específica para este colectivo<sup>69</sup>. No obstante, como analizaremos posteriormente, la definición de derechos de los residentes legales que impone el Tratado de Lisboa debe englobarlos sin lugar a dudas.

## **2. Viabilidad de un Código de inmigración**

Hemos podido comprobar en el epígrafe anterior que las instituciones comunitarias, y en concreto la Comisión y el Parlamento, denuncian el déficit de derechos de los nacionales de terceros Estados y defienden la elaboración de un Código de la inmigración a efectos de consolidar la legislación existente en materia de inmigración legal y su simplificación, y de ampliar esta regulación a las categorías de trabajadores no reguladas actualmente por la legislación de la Unión. Sin desdeñar el valor de los documentos analizados, no se puede minusvalorar que no tienen fuerza vinculante para proceder al cambio que propugnamos, por lo que defendemos fundamentar su viabilidad a partir del Tratado.

El artículo 79.1 del TFUE dispone que, “La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que 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”. Y en esta política común, el Parlamento y el Consejo “adoptarán medidas respecto: 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 residencia en los demás Estados miembros”.

Es indiscutible la competencia de la UE en la definición de los derechos también en el país de acogida, competencia compartida por el Parlamento y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario<sup>70</sup>. Pero lo fundamental es que, aunque la competencia sea compartida, o más exactamente concurrente<sup>71</sup>, “el empleo de la expresión “política común” evidencia una vocación de ampliación, coordinación y continuidad, que se caracteriza, además, por un mayor grado de generalidad”<sup>72</sup>. El

---

<sup>69</sup> Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, (COM (2001) 386 final - 2001/0154 (CNS). Si aparecen en la Directiva sobre residente de larga duración

<sup>70</sup> Respecto al significado y alcance de la competencia compartida, HINOJOSA MARTÍNEZ, L., *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.91-98.

<sup>71</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, novena edición, ed. Tecnos, Madrid, 2016, p.77.

<sup>72</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, tom. I, Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, p.360. Vid. MORA CABELLO, L., “Europa y su nueva política común de inmigración”, *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010, pp.113-125.

desarrollo de las competencias que se recogen en el título V TFUE se sujeta al procedimiento legislativo ordinario (art. 294 TFUE) donde Parlamento y Consejo codeciden a propuesta de la Comisión<sup>73</sup>. Y solo si no ejercen su competencia podrán los Estados miembros tomar la iniciativa en la elaboración de una determinada norma.

Por su parte, el apartado 4 del art. 79 dispone que, “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”. No se impone, como cabe deducir de este enunciado, la obligación de actuar y queda excluida toda armonización de las disposiciones de los Estados miembros, pero esto no excluye la responsabilidad de estas instituciones para fomentar la acción de los Estados a fin de satisfacer un trato equitativo a los residentes legales<sup>74</sup>.

Todo lo expuesto permite afirmar que la propuesta de la Comisión incluida en el Plan de acción para dar cumplimiento a los objetivos planteados en el Programa de Estocolmo, de elaborar un Código para consolidar la legislación existente en materia de inmigración legal y su simplificación, así como la ampliación a las categorías de trabajadores no reguladas actualmente por la legislación de la Unión, es perfectamente viable a la luz del Tratado. Cuestión distinta es que exista la voluntad política de hacerlo y que muchos Estados se resistan a cambiar el *statu quo* actual. Pero los obstáculos no han frenado la actuación de la UE en otros asuntos, especialmente cuando se trata del control de las fronteras. Basta para corroborar esta afirmación citar el reciente Código de normas de la UE para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)<sup>75</sup>, donde se utiliza, como en otras ocasiones, la vía del Reglamento. De este modo, se le otorga al Código eficacia plena y directa para la creación de derechos y obligaciones.

Creemos que el Tratado de Lisboa faculta, o mejor aún impone, que se proceda a una clara definición de derechos que minimice o elimine la competencia de los Estados en la materia<sup>76</sup>. Y ello, a pesar de que no se haya incluido la referencia a una ley marco que si

---

<sup>73</sup> Acerca de los procedimientos normativos y decisorios en el Espacio de libertad, seguridad y justicia, MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D., *op.cit.*, pp.110-111.

<sup>74</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.*, pp.123-124.

<sup>75</sup> Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 (*DOUE* núm.77, de 23 de marzo de 2016, p.1).

<sup>76</sup> Incluida la reagrupación familiar, regulada hoy por la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DOUE* L 251, de 3 de octubre de 2003). La Comisión se comprometió a elaborar un libro verde, empresa que se llevó a cabo (COM/2011/0735 final). Un análisis desde la doctrina española, ESPINO GARCÍA, S., “Respuestas a las cuestiones planteadas por el libro verde sobre el derecho a la reagrupación familiar: revisión de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm.26, 2013), y a realizar una nueva propuesta para 2012, lo que no ha ocurrido (tan solo en 2014 elabora unas directrices para la aplicación de la Directiva que, como es obvio, no tienen carácter vinculante. Se trata de la Comunicación, “Directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE,



recogía el Tratado constitucional europeo de 29 de octubre de 2004. El amplio margen de discrecionalidad del que gozan en estos momentos los Estados miembros permite tachar de ilusoria la integración. Pero sin integración no sólo se ponen en riesgo la protección de los derechos humanos para una parte importante de la población europea, también la seguridad y la cohesión social. Por todo ello es necesario propugnar la elaboración de un Reglamento por el que se establezca un Código que recoja los derechos de los residentes legales, incluidos los refugiados. Somos conscientes que el código no podrá eliminar totalmente la discrecionalidad de los Estados en esta materia, pero si puede exigir que los límites establecidos no supongan de facto un vaciamiento del principio de igualdad y de no discriminación. Para ello podría aprovecharse la propuesta de Reglamento para crear un estatuto común de los refugiados en Europa<sup>77</sup>, el cual pretende lograr una mayor armonización de protección internacional..., “aclarando el alcance de los derechos y obligaciones de los beneficiarios”. Bajo el título, “Derechos relativos a la integración”, en la propuesta se mejoran las condiciones actuales establecidas en la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011<sup>78</sup>. Se proclama la igualdad de trato en todas las condiciones de trabajo así como la libertad de sindicación y asociación (art.30); pleno acceso a la educación sin límites para los adultos (art.31); mismo trato que los nacionales en lo que afecta al reconocimiento de títulos y cualificaciones (art. 32); igualdad de trato con ciertos límites en asistencia social (art. 34); acceso a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales; remisión a los establecido a los nacionales de terceros Estados residentes legales en lo que afecta a la vivienda ( art. 37).

E, incluso, será comprensible que el ejercicio de algunos derechos se supedita a un determinado periodo de residencia y que la integración como proceso bidireccional exija también el cumplimiento de ciertos requisitos de integración, además de los deberes de los ciudadanos del Estado de residencia. Pero, allá donde se admita que se otorgue al Estado cierto grado de flexibilidad respecto al ejercicio de algunos derechos, la desigualdad reconocida deberá ser racional y razonable. El Estado deberá justificar, pasando un test de control, por qué establece determinados límites.

---

sobre el derecho a la reagrupación familiar (COM/2014,0210 final). Y no parece, en principio, que los Estados estimen en general que la Directiva deba ser modificada.

<sup>77</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica 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 (Bruselas, 13 de julio de 2016, COM(2016) 466 final 2016/0223 (COD).

<sup>78</sup> Los derechos de los refugiados se regulan en la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria, y al contenido de la protección concedida (DO L337, de 20 de diciembre de 2011, p.9).

#### IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El objetivo de este trabajo era, como dijimos al principio, muy concreto: buscar una base de fundamentación institucional fuerte al necesario Código de inmigración, sin menospreciar los obstáculos que los Estados pondrán para su elaboración. De ahí que debamos concluir aportando algunas vías complementarias y necesarias para el éxito en la construcción y desarrollo de un cuerpo legal que garantice a todos los residentes legales en la UE la igualdad y la no discriminación y la plena integración.

1. La desigualdad y fraccionamiento en el reconocimiento de derechos a los nacionales de terceros Estados residentes legales en Europa exige la elaboración de un instrumento jurídico común que acabe con aquellas. El impacto social y político más grave de esta clara violencia institucional no es la desigualdad en derechos, sino la jerarquización humana que la misma genera, violando los más básicos principios de la cultura europea en materia de derechos humanos.

2. Los documentos analizados a la largo de este trabajo nos permiten concluir que existe un activismo institucional en la UE para elaborar un Código de inmigración, en el que se recojan, sin margen de duda, los derechos esenciales para la integración de los residentes legales de terceros Estados.

3. El Tratado, no solo faculta, impone, que se proceda a una clara definición de derechos que minimice o elimine la competencia de los Estados en la materia.

4. Al tratarse de una competencia compartida o concurrente, la iniciativa ha de ser de la UE. La Comisión deberá presentar una propuesta al Parlamento y al Consejo. Si no se consiguiera la mayoría exigida para la aprobación del Código, una posible solución, mientras tanto, sería utilizar el mecanismo de la cooperación reforzada. Vía de cooperación reforzada como elemento de dinamización y medida para desbloquear el poder de algunos Estados y avanzar en la construcción de normas comunes. Es más, países como España, podrían liderar esta iniciativa<sup>79</sup>.

5. Dado que la nacionalidad es la única causa de discriminación admisible a nivel normativo en la UE, y que los derechos políticos van indisolublemente unidos a la ciudadanía, entendemos que la flexibilización de las normas de adquisición de la nacionalidad de los Estados miembros, y la adopción del criterio del *ius soli* para los hijos de residentes legales nacidos en el territorio de la UE, complementaría los logros llevados a cabo por el Código de inmigración. Esta adquisición no debería impedir que mantengan su nacionalidad de origen. Y ello porque la tendencia a la doble nacionalidad que la movilidad y la globalización de la producción y el comercio produce, pone de relieve que la mayor parte de la población migrante, aunque aspiran a ser considerados

---

<sup>79</sup> La LO de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reconoce los derechos a los que hemos hecho referencia a los residentes legales aunque, evidentemente, hay problemas de interpretación respecto a algunos de ellos, aspecto en el que no nos corresponde entrar en este análisis.

ciudadanía de primera y ser equiparados a los nacionales, también desean poder mantener su nacionalidad de origen. Ya el Consejo Europeo hace suyo el objetivo de ofrecer a los nacionales de terceros países, que hayan residido legalmente durante un periodo prolongado, la posibilidad de obtener la nacionalidad del Estado miembro en que residen<sup>80</sup>. Y el Convenio europeo sobre nacionalidad de 6 de noviembre de 1997, en vigor desde el 1 de marzo de 2000, que surge con aspiración de Código de nacionalidad, aún con sus sombras, podría ser la base de esta propuesta. Además, algo se está moviendo en Europa al respecto en los últimos años. Al análisis de esta materia dedicaremos una futura investigación.

---

<sup>80</sup> Puntos 18 y 21 Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.