

# UN NUEVO «FANTASMA» RECORRE EUROPA: LA «DIRECTIVA DE RETORNO» Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL TIEMPO DE TRABAJO «INTERMINABLE»

**CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

## **Extracto:**

EL Gobierno de la Unión Europea (UE), esto es, el Consejo a iniciativa de la Comisión, acaba de aprobar dos iniciativas legislativas de enorme calado social, económico y jurídico que han tenido un extraordinario eco mediático y que han provocado un torrente de críticas desaforadas contra las mismas desde diferentes sectores de opinión. La primera, conocida como «Directiva de Retorno», relativa a las normas y procedimiento para ordenar el regreso a sus países de origen, u otro de tránsito, de los inmigrantes que han entrado irregularmente en un Estado miembro, ya ha tenido la aprobación del Parlamento Europeo (PE), y en breve se publicará en el DOUE. La segunda, relativa a la modificación de la Directiva sobre el Tiempo de Trabajo, está pendiente de aprobación por el PE, cuya posición es en este momento bastante incierta al respecto.

En torno a ambas iniciativas se ha abierto un intenso y agrio debate. El sector crítico para evidenciar que estamos ante una involución sin igual en el modelo social de la UE, por lo que el «fantasma» de la regresión social amenazaría la construcción europea. Los partidarios lanzan, paralelamente, una campaña orientada a convencer a la ciudadanía de todo lo contrario, esto es, de que estas reformas son garantistas.

Pero ninguno, ni el sector crítico radical ni el sector favorable, suelen construir sus argumentos sobre los textos aprobados por el Consejo sino sobre imágenes simplificadas y estereotipadas de los mismos, construyendo un discurso maniqueo de «buenos» y «malos», de modo que no hay margen más que para la adhesión a una u otra posición. Pero la valoración jurídica, y social, exige previamente un conocimiento básico, pero serio y riguroso, de las claves reguladoras que proponen estos textos. Precisamente, ese análisis –y valoración– es lo que pretendo llevar a cabo aquí.

**Palabras clave:** inmigrantes irregulares, retorno de inmigrantes, tiempo de trabajo, modelo social europeo y riesgos globales.

# Sumario

1. Introducción: «de la caza» del inmigrante irregular a los «cazafantasmas» de la regresión social.
2. Aproximación de conjunto a ambas «Directivas»: paradojas de la respuesta europea a la sociedad mundial del riesgo.
  - 2.1. La «fabricación de incertidumbres» como respuesta político-jurídica a los «riesgos globales» de la sociedad mundial.
  - 2.2. Bienestar *versus* Seguridad: la «externalización» como motor de expansión del nuevo «Impero europeo».
  - 2.3. «Opinión Pública» y Paradojas de la respuesta político-jurídica a los riesgos: de las «mentiras silenciosas» a las «mentiras razonables».
3. «Puntos calientes» de la «Directiva de Retorno»: ¿«ni tan siquiera la mitad de la mujer del César»?
  - 3.1. El plano político-jurídico: caracterización del modelo regulador del proceso de retorno de las personas inmigrantes en situación irregular.
  - 3.2. Lecturas en el plano técnico-jurídico: los «textos» y «normas» más relevantes del régimen comunitario del retorno de inmigrantes.
  - 3.3. Un intento de valoración jurídico-crítica ponderada: la Directiva parece «deshonesta», pero guarda un fondo de mínima honestidad.
  - 3.4. La eventual incidencia de la Directiva de Retorno en España: ¿«Nunca es Nunca»? Yo no diría «Nunca Jamás».
4. La «Directiva» del tiempo «interminable» de trabajo o «de la pérdida del paraíso»: «... y trabajarás durante todas las horas de tu vida».
  - 4.1. Las claves de política jurídica de la «Directiva de las 65 horas»: el «mundo del revés».
  - 4.2. Las claves técnico-jurídicas de la «Directiva»: el «Imperio liberal europeo contraataca» en «busca del tiempo laboral perdido».
  - 4.3. Una valoración final ponderada de la Propuesta: «no salen las cuentas», con reforma o sin reforma.
  - 4.4. La eventual incidencia de la Propuesta de Directiva en España: ¿un sorprendente efecto de legitimación sobrevenida?
5. Reflexión final: ¿sirven realmente para algo y para alguien estas «Directivas»?

*... benigno lector... si la obra llega a manos de hombres sabios, no saben decir mal de nadie; si de ignorantes, ¿cómo pueden decir mal, sabiendo que si lo dicen de lo malo lo dicen de sí mismos, y si del bueno no importa, que ya saben todos que no lo entienden? Esta razón me animó a escribir el sueño del Juicio y me permitió osadía para publicar este discurso. Si le quisieres leer, léele, y si no, déjale, que no hay pena para quien no le leyere. Si le empezares a leer y te enfadare, en tu mano está con que tenga fin donde te fuere enfadoso. Solo he querido advertirte en la primera hoja que este papel es sola una reprehensión de malos ministros de justicia, guardando el decoro que se debe a muchos que hay loables por virtud y nobleza...*

QUEVEDO (*El alguacil endemoniado*)

## 1. INTRODUCCIÓN: «DE LA CAZA» DEL INMIGRANTE IRREGULAR A LOS «CAZA-FANTASMAS» DE LA REGRESIÓN SOCIAL

La «Directiva del horror: las 65 horas»; la «Directiva de Retorno: la Directiva de la Vergüenza». La «caza del inmigrante irregular» sigue desde las instituciones europeas; un «durísimo golpe» al Derecho Humanitario Internacional, en el caso de la Directiva de Retorno, y al Derecho del Trabajo, en el caso de la Directiva (aún solo Propuesta) del Tiempo de Trabajo; un «retroceso histórico» de los derechos de las personas que nos remontan a las leyes del siglo XIX. La Directiva de Retorno «fomenta el racismo» y «enfrenta a trabajadores y trabajadoras». Europa se convierte al mismo tiempo que en una «fortaleza militarizada», que priva de derechos a los inmigrantes irregulares, en un auténtico «paraíso» para los movimientos de capitales y para la «libertad de empresa», al legitimar acuerdos individuales para imponer jornadas interminables de trabajo...

Todos estos calificativos y valoraciones, y algunos otros que por su carácter aún más abrupto ahorramos al lector/a, proliferan por doquier, tanto en medios escritos de comunicación general como en revistas y observatorios especializados. Como puede fácilmente comprobarse, sendas decisiones del Consejo de Europa, la que aprueba la ya «Directiva de Retorno» y la que aprueba la que será, si se acepta por el PE, Directiva modificada del Tiempo de Trabajo, tomadas en junio de 2008, no han generado entusiasmo, más bien todo lo contrario, en la Opinión Pública europea, llamando a una intensa movilización social, política e institucional contra ellas. Hay quienes incluso llegan a justificar el creciente alejamiento de la ciudadanía europea de la idea de Europa por medidas como estas.

A la vista de estos «análisis», muchos de los cuales proceden de prejuicios, sin que hayan leído ni una letra de la Directiva, tan solo el titular de prensa, o la «arenga sindical», no he podido evitar que viniese a mi mente de inmediato el conocido inicio del *Manifiesto del Partido Comunista*, redactado y publicado por Kart MARX y ENGELS (1847-1848):

*«Un fantasma recorre Europa: el fantasma del comunismo. Todas las fuerzas de la vieja Europa se ha unido en santa Cruzada para acosarlo: el Papa y el zar, Mettenich y Guizot, los radicales franceses y los polizontes alemanes.»*

Es posible que nuestros avezados e inteligentes lectores tiendan a pensar que he estado poco fino al traer esta imagen para introducir este estudio. Ni esas Directivas, aprobadas definitivamente o en fase terminal, tienen nada que ver con el «comunismo», más bien, si acaso, con todo lo contrario, con el «capitalismo más extremo», ni estos son tiempos propicios para acordarse de textos como el *Manifiesto Comunista* ni citar a sus autores, «muertos y enterrados» desde tiempo.

Y quizá no les falte razón, vaya en mi descarga que realizo este trabajo bajo «alerta naranja» –40.º a la sombra– en los tórridos días de estío e influencia del «calor africano». Pero a mí me parece, bajo esas condiciones, que es especialmente ilustrativa para tratar de comprender las razones de este tipo de normas «jurídico-sociales» europeas, y también a sus críticos. A este respecto, por un lado, no soy nada original, en la medida en que la referencia a esa cita aparece hoy extremadamente recurrente. En este sentido, se apela a ella desde el «fantasma del ecologismo», hasta el «fantasma de la cultura de mayo del 68», pasando por las más variadas cuestiones sociales que han marcado nuestra época<sup>1</sup>. Incluso podría invocarse para sintetizar la inquietud generada por esa monumental «crisis financiero-inmobiliaria», llamada ya «crisis Ninja»<sup>2</sup>.

La más preocupante actualidad española evidencia que el «sistema capitalista» en su conjunto vuelve hoy a encontrarse en una crisis profunda a escala mundial. Los estrategas del capital miran hacia el futuro con un profundo desasosiego. Y se pide por doquier «intervencionismo» del Estado –para comprar suelo urbano en manos de promotoras privadas; para asumir las pérdidas de los grandes bancos; para cargar con los costes del disparatado incremento del petróleo, como en el sector transportes, pidiendo las llamadas tarifas o precios mínimos...–. Por supuesto, respecto al eventual reparto de beneficios para la sociedad cuando aquellos se producen no se dice nada. En todo caso, los más honestos se hacen una pregunta que no se atreven a contestar: ¿no habría que introducir una corrección en el modelo que garantizara un desarrollo más sostenible y un mayor equilibrio entre lo social y lo económico? Pero cómo.

Es evidente que aquí no nos vamos a ocupar de resolver ese enigma –entre otras cosas, porque si tuviera la solución estaría en otros escenarios–, que constituye el eje de la propuesta de la Estrategia Europea por el Empleo. Lo que aquí interesa resaltar es el fuerte contraste entre las vías propuestas por el marketing –llamadas a la Responsabilidad Social Corporativa para dar imagen de compromiso social; barniz de conciencia ecológica de empresas líderes en contaminación que gastan fortunas en publicidad para aparentar su compromiso «verde»...–. Pero, se preguntará nuestro lector más ansioso por conocer de primera mano el régimen jurídico real, o al menos textual, de las tan mediáticas Directivas comunitarias, «antisociales» para muchos, ¿qué tiene que ver con «nuestro tema»? A mi juicio mucho.

Como puede comprobarse fácilmente, cuando lo que está en juego es la propia supervivencia de un modelo social, en el caso de la «crisis ecológica», la continuidad de la vida tal y como la conocemos, en el caso del «mayo del 68» un modelo político y cultural, y en el caso de las «Directivas», como pro-

<sup>1</sup> Hector GHIRETTI. «Un fantasma recorre Europa». *Revista Nuevas Tendencias*, n.º 56, 2004, págs. 46-50. GALCERÁN, M. «Un fantasma recorre Europa, es el fantasma del 68». *DIAGONAL*. Periódico quincenal de actualidad crítica, página web: <http://www.diagonalperiodico.net/spip.php?article5886>. PRIETO, P. «Un fantasma recorre Europa: el fantasma del ecologismo». COLINO, C. y DEL PINO, E. «Un fantasma recorre Europa: renovación democrática mediante política de promoción de la participación ciudadana en los gobiernos locales (Alemania, Francia, Reino Unido y España)», en SOSA, J. (editor) *Política pública y participación social*. México. UNAM. 2006, págs. 1-34.

<sup>2</sup> Así llamada en un artículo aparecido en Internet de gran difusión. «Crisis financiera Ninja». En <http://leopoldoabadia.blogspot.com>

pongo, el «modelo social europeo», resurgen los «fantasmas». El «enemigo» ahora es, para unos, la competencia feroz que deriva de una sociedad globalizada, que exigiría hacer importantes reajustes en nuestros derechos y garantías (libertades y derechos laborales), señal de identidad de Europa, que ha de renunciar a determinados niveles de protección para seguir siendo una potencia económica. Para otros, precisamente, estos miedos llevarían a activar el «fantasma de la regresión social».

Pero no solo es pertinente, decía, analizar algunas de las tendencias de nuestro tiempo desde la idea de los «fantasmas sociales» de la vieja Europa, sino que entiendo que la propia cita es actual. Desde luego no pretendo aburrir al lector recordando las piezas básicas de lo que fue, y es, el «*materialismo dialéctico*», que resume la historia del mundo en la lucha entre grupos sociales con poder muy desigual, unos para mantener la «explotación» y otros para librarse de ella o, al menos, «participar de ella» –autoexplotación–. Me basta con dejar constancia de que esa continua lucha entre los que ocupan los eslabones más débiles –«obreros», «inmigrantes en situación irregular» por lo que aquí importa– de la cadena social y quienes ocupan los más fuertes –Estados europeos, empleadores, por lo que aquí interesa...– no está liquidada.

A este respecto, cuando oigo y leo, en una época de fuerte convicción sobre la «muerte» de las «ideologías», que «*la lucha de clases ya ha muerto: ... ¡Hemos perdido!*», no puedo dejar de acordarme de un anécdota que cuentan del célebre escritor y humorista norteamericano *Mark Twain* –como todos saben autor del inmortal libro sobre las aventuras de Tom Sawyer, en otro tiempo líder de los programas en las tardes de verano–. Dicen que le gustaba bromear con quienes, de cuando en vez, daban noticia de su muerte, diciendo él, jocosamente, que se trataba solo de rumores, aunque poco verosímiles a juzgar por su aspecto. Pues bien, ni la dialéctica entre poderes sociales desiguales, ahora no ya solo entre empleadores y trabajadores, sino entre unos trabajadores –ocupados– y otros –desempleados, y entre ciudadanos de unos países –los europeos– y otros –los procedentes de países importadores de mano de obra–, ha terminado ni hay «fin de la historia» alguno, como proclamara tan firme como erróneamente Francis Fukuyama. La historia continúa, eso sí, se vuelve cada vez mucho más compleja y conflictiva y exige tener muchos más puntos de vista a la hora de ordenar los diferentes ámbitos de las relaciones sociales y, muy en particular, el sistema socio-económico, que tiene en la ordenación de dos temas, en apariencia tan diversos, como la inmigración y el tiempo de trabajo, dos aspectos clave.

Por eso, si hay, ciertamente, que cuidarse muchos de estos discursos del fin de la historia, que pretenden convencernos de que las desigualdades sociales derivadas de la economía de mercado son inevitables, y también el dominio de lo económico –mercado– sobre lo social –persona– también hay que hacerlo de los que gustan lanzar discursos apocalípticos. A mi juicio, este es el calificativo que merece la mayoría de los comentarios críticos que se han lanzado sobre la Directiva de Retorno, y sobre la Propuesta de Directiva modificada del tiempo de trabajo, quizás creyendo que de ese modo se haría un mayor favor a la lucha por la justicia social, proclamada por los valores europeos y que en ambas Directivas habrían quedado «a la altura de la zapatilla» –no digo del «color del betún», como pensé primero, para no herir «sensibilidades», aunque abomine de ese recurrente discurso de lo «políticamente correcto»–, dejándonos a los europeos en muy mal lugar ante los ojos del mundo.

El «acoso mediático», en el que, por cierto, como expresaban para el siglo XIX, Marx y Engels, también participa el Papa abanderando la modificación de la Directiva de Retorno, es tal que los mismos líderes políticos que las han aprobado ahora se han lanzado a intensas campañas para convencer a

sus colegas de América Latina y de África que «no es nada personal», que las lecturas ofrecidas son un puro «malentendido» y que estas normas representan, en especial la Directiva de Retorno, un «avance» en la garantía de derechos, al menos en relación con lo que había antes en muchos países de la UE. *¿Excusatio non petita...?* Realmente no, porque se ha pedido explicaciones desde los más diversos sectores, formulando graves acusaciones de aprobar normas retrógradas e incívicas –internamientos prolongados hasta el límite de lo humano (18 meses en muchos casos); jornadas interminables de trabajo...–. Para muchos se trata de un profundo error político, que es especialmente peligroso no dentro de la actual coyuntura de ofensiva ideológica neoliberal en Europa. De ahí, la campaña defensiva.

Pero ¿las cosas son realmente así en el plano jurídico? ¿Son normas tan bárbaras como para desconocer el orden internacional de derechos humanos, en un caso, y laborales también en otro? Y, en cualquier caso, ¿realmente representan tan gravísimo retroceso en el orden jurídico comunitario existente en ambas materias? Si los Gobiernos que las han aprobado, todos en el caso de la Directiva de Retorno, la gran mayoría en el caso de la «Directiva del Tiempo de Trabajo», evidencian que hoy estamos mejor que ayer ¿son tan cínicos nuestros gobernantes como para hacernos ver que es de día cuando parece que es de noche? Por lo menos no deja de ser curioso que sean acusados de haber engendrado normas «monstruosas» cuando «juran y perjuran» que quieren más racionalidad de la existente hoy. Pues debe ser, entonces, dirán los críticos radicales, que «el sueño de la razón produce monstruos».

Como siempre, el propósito de mi estudio no es el dar respuesta directamente a todos estos interrogantes, sino ayudar al lector/a a que tenga su propio juicio, pero eso sí, no sobre imágenes simplificadas sino sobre un conocimiento adecuado de los textos normativos. Por supuesto, como es habitual, no escamotearé mi opinión al respecto, que no puede dejar de ser crítica aunque, como se verá, ponderada respecto de la situación actual, que no es mejor como parece deducirse del sector radicalmente crítico. Pero esbozada en estos apartados introductorios, solo la iré plasmando a través del comentario de los puntos más relevantes –puntos críticos– de ambos textos.

En este sentido, como trataré de probar, desde el análisis estrictamente jurídico, la lectura detenida de sendos textos normativos no ofrece, a mi juicio, motivos para estar nada satisfechos. No desde luego como juristas, pero mucho menos como ciudadanos europeos. Y desde luego debe mover a la reflexión y a la crítica. Pero de ahí, a conducirnos como «corderos» a esta llamada a la «flagelación» y al sentimiento de «vergüenza» u «horror» por estas políticas jurídico-sociales comunitarias, presentadas como ejemplos de barbarie e irracionalidad, media un gran trecho, a mi entender claro está. ¿Qué tiene que decir el jurista socialmente comprometido, pero «no partidista» al respecto? O al menos qué tengo yo que decir. Trataré de hacerlo a lo largo de estas páginas, que espero sean tan expresivas como «justas» –en número, quiero decir–.

## 2. APROXIMACIÓN DE CONJUNTO A AMBAS «DIRECTIVAS»: PARADOJAS DE LA RESPUESTA EUROPEA A LA SOCIEDAD MUNDIAL DEL RIESGO

*Muertas las ideologías, el mundo quedó en manos de gente  
práctica que anula cerebros bajo montañas de nada.*

Jorge VALDANO (*¡sí, el futbolista!*)

## 2.1. La «fabricación de incertidumbres» como respuesta político-jurídica a los «riesgos globales» de la sociedad mundial.

Considero oportuno tratar conjuntamente ambas materias. No por oportunismo. No dudo de que la enorme trascendencia y actualidad, así como la complejidad, de ambas cuestiones socio-económicas y político-jurídicas, las hacen merecedoras de un detenido estudio por separado. Sin embargo, entiendo adecuado ofrecer una panorámica de ambas iniciativas en un mismo trabajo, también consciente del riesgo que supone presentar un texto que aún no es norma y sobre la que no existe una misma posición de todos los Gobiernos y del PE –como sucede con la «Directiva» del Tiempo de Trabajo–, porque ayuda a entender qué está pasando en el proceso de construcción europea, evitando una imagen, falsa, de hechos aislados.

En el actual contexto de crisis financiera e inmobiliaria, no solo española sino global, el «empleo» se resiente allí donde más ha crecido en los últimos años<sup>3</sup>. Muchas de estas personas que pierden el empleo serán personas inmigrantes, que tienen la ventaja de la flexibilidad laboral –mayor movilidad, tanto interna como externa–. Pero, al mismo tiempo, siguen viniendo personas de fuera de España, atraídas por las antiguas promesas de un trabajo «mínimamente» digno, lo que trae consigo un enfoque diferente de las políticas migratorias, estrechamente condicionadas por la situación del mercado de trabajo. Las expectativas de más inmigrantes con menos capacidad de inserción en el mercado de trabajo significa un horizonte de consumo de más recursos por parte del Estado y, por tanto, la necesidad de «restringir» el acceso, lo que, como enseña la experiencia, se traducirá en más dificultades para acceder a la regularidad y, por tanto, un incremento de las personas inmigrantes en situación irregular. Qué duda cabe que este «miedo» no es ajeno a que sea precisamente en estos momentos cuando, tras varios años de desacuerdo, se haya alcanzado un consenso básico sobre la ordenación del proceso de retorno-expulsión de estos inmigrantes extracomunitarios en situación irregular, que es el objeto básico de la Directiva de Retorno, y que supone una significativa cesión a los países menos protectores.

Simultáneamente, la misma ampliación de la UE ha llevado a las nuevas condiciones de competitividad global al interior de nuestras fronteras, de modo que los que hace muy poco tiempo eran «inmigrantes extracomunitarios», ahora son naciones de países comunitarios, y quienes resultaban países con condiciones laborales muy inferiores a la media europea ahora se integran de plano en este mercado común. Ahora, para competir, ya no vale ni la restricción de fronteras ni limitar las libertades de circulación y prestación de servicios, porque su integración les hace beneficiarse de ese régimen favorable, manteniendo al mismo tiempo, ante la falta de un verdadero Derecho Comunitario del Trabajo, las «ventajas competitivas» derivadas de sus costes más bajos por contar con garantías sociolaborales más bajas. Por eso, los países de la ampliación europea se han mostrado, salvo pocas excepciones –Chipre, Hungría–, muy de acuerdo con aquellos países que abanderan los mode-

<sup>3</sup> Otros sectores vienen desde hace tiempo padeciendo problemas relevantes. Es el caso, por ejemplo, del sector textil (*vid.* RD 5/2008, de 11 de enero, por el que se completa el desarrollo de medidas sociolaborales contenidas en el Plan de Apoyo al sector textil y de la confección), cuya crisis de competitividad y ocupación responde a factores directamente conectados con la economía global que hoy nos domina, pues se liga sobre todo a la emergencia de otros competidores internacionales, con «mejores precios», entre otras cosas por sus «menores costos laborales», como es el caso de China. Aunque, dicho sea de paso, el desarrollo de estos países pueda significar al mismo tiempo la «contención» de los flujos migratorios, por cuanto les obligará a emitir menos «mano de obra» al exterior.



los más liberales, como el Reino Unido, en la gestión de la «fuerza de trabajo». No es casualidad que haya sido durante la Presidencia de Eslovenia cuando se presentara la Propuesta modificada que desbloqueó la situación de desacuerdo durante más de tres años.

El modelo de respuesta es, en ambos casos, análogo, en el plano de política jurídica. En este sentido, no por casualidad nos hallamos ante procesos de toma de decisiones de política del Derecho para afrontar ciertos *riesgos socio-económicos transnacionales* derivados de una sociedad global, cuyas «incertidumbres fabricadas» se perciben como amenas a la «estabilidad» o «seguridad» adquirida por los Estados de la UE antes de la ampliación hacia los Estados del Este, sea en el ámbito civil –seguridad ciudadana– sea en el ámbito laboral<sup>4</sup>. De este modo, se presentan no solo simultáneas en el tiempo sino compatibles y complementarias entre sí las respuestas dadas para resolver aspectos concretos de los dos grandes motores de la expansión de cualquier «Imperio», y Europa lo es, los «problemas de seguridad» derivados de la inmigración ilegal –ampliando fronteras y reforzando la política de control–, de un lado, los problemas de bienestar social, reorganizando el tiempo de trabajo, de otro.

Así, para ordenar los flujos migratorios «indeseados» –no asumidos por el mercado laboral– se endurece el régimen de retorno, a través de la *estandarización a la baja de las garantías* de Derecho Humanitario para los inmigrantes irregulares. En tanto, y paralelamente, para afrontar la competencia de los nuevos Estados de la UE, las instituciones comunitarias propondrían una nueva estandarización también a la baja de las garantías frente a jornadas prolongadas de trabajo. Si en el primer caso la regulación puede llevar a admitir la legitimidad, si se dan ciertas circunstancias, de *muy prolongados tiempos de internamiento* en espera del retorno a los países de los que son originarios, o de tránsito que los acepten –a cambio de «dinero» claro está–, en el segundo, la regulación propuesta del tiempo de trabajo, puede legitimar igualmente *extremadamente prolongados tiempos de trabajo*. Unos, los inmigrantes en situación irregular quedarían a la libre disposición y órdenes de las autoridades de estancia, con controles judiciales difusos, los otros, los trabajadores, quedarían a la libre disposición y órdenes del empleador, con un control también difuso tanto del juez como del poder colectivo –negociación colectiva–.

El resultado social que se vislumbra, en ambos casos, de tal actual político-jurídico de la UE, sería también semejante: un horizonte incierto de regreso. Para la Directiva de Retorno, el regreso impuesto, no obstante apostar por la vía «voluntaria» como veremos, sería al «infierno socio-político» y económico del que, a menudo, se procede –países devastados por hambrunas, por odiosos líderes políticos, guerras tribales...–.

Por su parte, para la Propuesta de modificación de la Directiva del tiempo de trabajo, el «regreso» sería más bien a un tiempo, el regreso al «infierno del pasado» de jornadas interminables de trabajo. A este respecto de todos son conocidos los devastadores efectos de este modelo de regulación, narrados inmejorablemente por un escritor nacido en Inglaterra a principios del siglo XIX, Charles Dickens, el gran novelista de lo social. Paradojas del destino, el Reino Unido es el país que mejor sigue retratando esa situación de millones de trabajadores activos más de 60 horas semanales.

<sup>4</sup> Los llamados «riesgos globales» –como son la «inmigración ilegal» o la «competencia internacional» entre países de diferentes condiciones de vida y de trabajo–, que son expresión de la interdependencia global, a la que refuerzan, «hacen necesaria una nueva política de la incertidumbre», obligando a actuar a la «política nacional y a la política internacional (y en ocasiones también a los consorcios económicos transnacionales)...». Vid. BECK, U. y GRANDE, E. «La Europa Cosmopolita». Paidós. *Estado y Sociedad*. 138. 2006, págs. 278-279.



Desde luego, motivos no faltan para alarmarnos, y en esto llevan razón, a mi juicio, los críticos. La amenaza a las libertades y derechos sociales, y por tanto los temores o miedos a los nuevos y viejos «fantasmas» de quiebra del modelo de protección fatigosamente construido en décadas, no solo son «percibidos» por la sociedad, sino que son reales<sup>5</sup>. En el ámbito de la lucha contra la inmigración ilegal, son más que evidentes las tendencias a instaurar leyes y prácticas muy restrictivas —es el caso del Reino Unido, o más reciente, y perversamente, en Italia; pero también el caso de Francia, de Austria...—, con una consiguiente pérdida de los niveles de protección para estos colectivos de personas. En el mundo del trabajo, los peligros para el modelo social europeo están al orden del día —es el caso de la polémica «Directiva Bolkestein», o las ambivalentes Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (SSTJCE), casos «*Viking*» y «*Laval*»—.

En todos estos supuestos, suficientemente conocidos por los lectores porque han sido comentados en las páginas de esta Revista, lo que me exime de mayores detalles, más que concretos «pasos atrás» en la protección de los derechos y libertades de las personas en el seno de UE, nos hallamos ante auténticas amenazas de bomba contra el «modelo social europeo». Desde esta perspectiva, social y económicamente nacen en un tiempo próximo, caracterizado por un contexto mundial crítico, en el que la expansión de los movimientos de flujos migratorios coincide, como es natural, con el aumento de la pobreza, la escasez y altos precios de alimentos y los carburantes... Pero también, con un dominio pleno de las libertades económicas, en especial de la movilidad de capitales, inversiones, empresas... a nivel mundial, como se ha dicho. Y la respuesta que reciben responde, en lo sustancial y salvadas las distancias, a un mismo paradigma, que hoy deslumbra a las autoridades europeas y ocupa el eje del debate socio-económico: el relativo a la «*flexi-seguridad*»<sup>6</sup>.

Como es sabido, y sin entrar aquí tampoco en honduras, con esta propuesta, que unos ven como la «*fórmula mágica*» para resolver todos los problemas de la economía europea, a fin de hacer verdad ese sueño de convertir a Europa en la economía más competitiva con el mejor modelo social (¿alguien da más? ¡esto es euro-optimismo!), y otros, en cambio, como «*la tumba*» del modelo clásico de garantías de los derechos de los trabajadores, se busca cuadrar el círculo: atender los *imperativos de seguridad* —en principio de los trabajadores, pero bien puede también entenderse para la ciudadanía europea— sin atezar o perjudicar los imperativos o las demandas de flexibilidad en la gestión —en principio de los empleadores, pero también puede extenderse a los poderes públicos—. O viceversa, aunque aquí el orden de los factores sí que puede, y de hecho lo hace, alterar el producto: esto es, la búsqueda de cómo asegurar la *máxima flexibilidad* en la toma de decisiones con relevancia económica sin poner en peligro la seguridad de los trabajadores —o de las personas en general—.

Pero este concepto puede ir más allá de esta versión estricta, el dilema entre flexibilidad laboral —rentabilidad— y seguridad de los trabajadores —garantía—. A mi juicio, puede igualmente servir,

<sup>5</sup> Los riesgos globales de la sociedad mundial no solo dependen de factores tangibles, sino también de la «distinta percepción» del riesgo que se tenga en cada momento, ligándose en gran medida no solo a datos políticos y económicos sino también «socioculturales». Los dos riesgos afrontados por estas iniciativas europeas —la construcción del riesgo de la inmigración ilegal y la de la pérdida de riqueza y empleo— ilustrarían bien esta doble dimensión «real» y «cultural». *Vid.* BECK, U. y GRANDE, E. «La Europa Cosmopolita». *Op. cit.* págs. 282-283.

<sup>6</sup> Como se sabe, la Comisión de las Comunidades Europeas hizo público un documento —Comunicación a las restantes Instituciones Comunitarias (Parlamento, Consejo, Comité Económico y Social, Comité de Regiones) titulado «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad». COM (2007) 359 final, Bruselas, 27 de junio de 2007.

por un lado, para sintetizar cualquier preocupación en orden a armonizar formas de ordenación flexible, basadas en el reconocimiento de mayores ámbitos de libertad de decisión, con tutela –de derechos civiles y/o sociales–. Pero también para constatar, por otro, en ámbitos diversos pero conexos –control de flujos migratorios y políticas laborales–, que esa preocupación por equilibrar la «razón social» y «la económica» es más formal que real, primando la segunda sobre la primera.

En todo caso, y para no extendernos en exceso de nuestro objetivo, es evidente que, cuando menos, todo el proceso de construcción del modelo social de la UE deriva hacia una profunda ambivalencia. Así, el cuidado por mantener el valor y el vigor de los principios generales –el respeto a los derechos fundamentales de las personas, sean trabajadores actuales o en potencia–, formalmente proclamado recurrentemente, se topa con continuas restricciones y desmentidos en la práctica, que evidencia cómo frente a la razón de los derechos propia de la «Constitución Social» se impone la razón de mercado la «Constitución Económica». A este fuerte contraste de posiciones, la normativa –la representación que las normas legales ofrecen de su respeto máximo a los derechos de las personas (la «ley de los débiles» o «de los de abajo»)–, y la real o la sociológico-económica –el desenvolvimiento práctico de estas normas («ley del poder» o de los «de arriba»), contribuyen todas las instancias relevantes en la construcción del Derecho Social Comunitario, como el propio TJCE.

A este respecto, bastará con recordar cómo las citadas SSTJCE –la STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking Line (Asunto C-438/05) y la STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval (Asunto C-341/05)–<sup>7</sup>, parten de una firme, en principio, defensa de la dimensión social, y no meramente económica, de la Comunidad. Lo que significa que *«las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales» –libertades económicas– han de leerse en relación «con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran... la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social»*. Y sin embargo, lo cierto es que, al mismo tiempo, esta doctrina judicial, que ha ocasionado auténtica convulsión en el mundo sindical, terminan legitimando que las diferencias de condiciones de empleo y trabajo *que existen en los distintos ordenamientos nacionales*, mayores con la referida ampliación, puedan usarse como ventaja competitiva, con el evidente riesgo que de ello se deriva para el conjunto de la sociedad europea, que puede ver degradadas dichas condiciones como efecto derivado del juego de las libertades económicas –de empresa y de prestación de servicios–.

El resultado es, en definitiva, una fuerte mercantilización del entendimiento del ordenamiento social comunitario, de modo que ningún espacio del mismo quedaría a salvo del efecto restrictivo de las libertades económicas. Cierto, estas, a su vez, en potencia o en línea de principio, también puedan

<sup>7</sup> El caso Viking se resume del siguiente modo: una compañía marítima finlandesa, Viking, rematriculó su Ferry de transporte Rosella, que hacía el trayecto Helsinki-Tallin, en el mar Báltico, bajo pabellón estonio, sustituyendo a la tripulación finlandesa por marinos estonios, que, como es evidente, tenían peores condiciones retributivas. El sindicato finlandés convocó una huelga para que se aplicara a este personal un convenio colectivo con condiciones de trabajo semejantes a las de los marineros finlandeses, obligando a la empresa a firmar un acuerdo en ese sentido. Pero un año después, la empresa Viking presenta una demanda en Inglaterra contra el sindicato finlandés y la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITF), que tiene su domicilio en Londres, con la finalidad de que se declare contraria a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 43 TCE y a la libertad de prestación de servicios de transporte marítimo del Reglamento 4055/86. En el caso Laval, los países en «competencia» fueron Suecia, por un lado, y Letonia, por otro. También aquí se pedía la ilegalidad de las acciones colectivas tomadas por sindicatos suecos para conseguir que los letones que trabajaban en Suecia se rigieran por convenios suecos y no por convenios letones.

ser limitadas por el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas de carácter social. Sin embargo, todos ellos quedan situados en el mismo espacio: el de la economía. Pues bien, esta intensa dialéctica, entre la razón social y la razón liberal, con triunfo, aparente en unos aspectos, real en los más, de esta sobre aquella, está presente en las dos iniciativas jurídicas que aquí comentamos. No solo en la que se tiene por típica laboralmente, la del Tiempo de Trabajo, sino también la de Retorno.

## 2.2. Bienestar *versus* Seguridad: la «externalización» como motor de expansión del nuevo «Impero europeo».

Apuntaba en el epígrafe anterior, que la actual situación de crisis, en su parte real –deterioro de indicadores– y en su parte percibida –pérdida de confianza– lleva a poner de nuevo en el primer plano de la acción política, en este caso comunitaria, la solución a los problemas de seguridad y de bienestar de las sociedades europeas. En este sentido, históricamente la respuesta a estos problemas han sido dos de los principales motores de la expansión «imperial», y sigue siendo hoy válido para explicar el actual modo de proceder del llamado «Imperio europeo», en la medida en que la actual fase del proceso de integración europea, especialmente tras la ampliación a los Estados del Este europeo, deja claro su vocación expansiva <sup>8</sup>.

Desde esta perspectiva, la política de control de flujos migratorios –en su mayor parte obedientes a razones económicas, sin olvidar por supuesto las políticas (asilo y refugio) y las familiares (reagrupamiento familiar)– no es ajena a ciertas «soluciones» propias del paradigma dominante de la economía global. En particular me refiero a los procesos de «externalización» o desplazamiento «a terceros», mediante instrumentos de naturaleza contractual por lo general, de buena parte de la organización y gestión de una actividad o función. Así, si perfectamente conocido es el fenómeno y sus efectos en el ámbito de las relaciones laborales, no lo es tanto en el ámbito de la política de control de flujos, donde se aprecia cada vez más una política convencional –Acuerdos bilaterales y multilaterales de «readmisión» de inmigrantes irregulares– de los Estados miembros receptores de inmigrantes de desplazamiento de la gestión de sus fronteras a otros países, bien a los de origen de los inmigrantes bien a los países de tránsito.

Naturalmente, y aunque esto no se suele presentar así, sino que se reviste de ese «cajón de sastre» que es hoy la «política de cooperación internacional», esta acción convencional no responde a relaciones de «buena vecindad», sino al pago del «precio» fijado, esto es, de la transferencia por parte de los países receptores, como España, de cada vez mayores Fondos para que los países emisores –por ejemplo Nigeria– o de tránsito se lleve a cabo un control más férreo de las fronteras, de modo que no sea necesario el retorno por cuanto ni tan siquiera llegan a salir, o de su país, pese al derecho universal, o a pasar las fronteras de países de tránsito, menos garantes y más «severos» en el trato a las personas inmigrantes «sin papeles» –por ejemplo Marruecos, o Mauritania–. Una situación que también se da en orden a la acción con los menores no acompañados, de modo que los países receptores cada vez «invierten» más en que los países de origen y/o de tránsito desarrollen «servicios» –centros– de acogida para estos colectivos, de modo que se facilite la «repatriación» de los mismos.

<sup>8</sup> Como se ha observado con razón, hasta la fecha, este contemporáneo «Imperio europeo» no ha tenido necesidad de una «economía de la fuerza», sino que «se ha servido de la fuerza de la economía», de ahí el predominio de la lógica económica, incluso en la política de seguridad. *Vid.* BECK, U. y GRANDE, E. «La Europa Cosmopolita». *Op. cit.* pág. 105.

Como es natural, ante las diferencias de condiciones políticas y de vida, es más rentable esta opción «externalizadora» de fronteras y funciones que realizarlas en el interior de la UE. La «Directiva de Retorno», como se verá, responde claramente a este enfoque, de ahí que considere los *Acuerdos de Readmisión* con los países de origen y/o de tránsito –a los que se les paga cada vez más por asumir la función de control de fronteras de la UE– no ya solo como condición previa para la efectividad del proceso de retorno, sino también como presupuesto clave para el nuevo concepto puesto en circulación: el concepto de «*retorno sostenible*» –Considerando 7 de la Directiva–.

En principio, con este concepto se evidencia que no basta con «expulsar» al inmigrante, pues dadas las condiciones duras del país de origen o de retorno no tardará en intentar volver a entrar en la UE, sino que es necesario al mismo tiempo garantizar que cuente con el apoyo de iniciativas que favorezcan el desarrollo personal, e incluso familiar, de forma continuada o duradera. Como es obvio, para que tal concepto adquiera sentido, y no sea una fórmula vacía más, tan al uso en el ámbito de las políticas de la UE, los Acuerdos deberían ir más allá de la actividad de control político y de seguridad ciudadana para abarcar acciones socioeconómicas.

En definitiva, y por no seguir fatigando al lector con la evidencia de las conexiones entre ambas Directivas, pese a su aparente distancia temática, parece más que clara la oportunidad de atender en un mismo estudio las principales claves de comprensión jurídica de ambas. En última instancia, está en juego no ya solo un análogo modelo de regulación de aspectos clave de la UE –flujos migratorios, condiciones de competencia entre los Estados miembros tras la ampliación, en particular respecto a un aspecto tan clave como el tiempo de trabajo–, sino también el modo de construir –o reconstruir– el llamado «modelo social europeo», en definitiva, la misma idea de Europa, que es social o no es nada. En otros términos, ambas iniciativas reguladoras ilustran el modo actual, y también las derivadas, con que Europa, dominada por el discurso neoliberal, afronta una de las cuestiones fundamentales del Proyecto Europeo: *cuán solidaria puede ser, cuán solidaria debe ser*, Europa.

A este respecto, conviene tener bien presente que la solidaridad social es un valor hoy fundamental e irrenunciable para Europa y su Derecho, al igual que la libertad y la igualdad, pues una sociedad civil europea y una Europa cosmopolita «solo pueden concebirse solidariamente». Pero también es cierto que no existe un único modo de concebir el significado y alcance del valor «solidaridad», no siendo pocos los que creen que políticamente no deberíamos esperar demasiado en el plano de la distribución <sup>9</sup>.

### 2.3. «Opinión Pública» y Paradojas de la respuesta político-jurídica a los riesgos: de las «mentiras silenciosas» a las «mentiras razonables».

Pero hay un aspecto más que, a mi juicio, hace especialmente aconsejable este tratamiento conjunto, sin perjuicio, claro está, de analizar sendos regímenes jurídicos de forma diferenciada. Me refiero ahora a que en los dos casos nos hallamos, como ya anticipé en el apartado introductor, con una fortísima

<sup>9</sup> Vid. OFFE, C. «The Democratic Welfare State in an Integrating Europe». En AA. VV. *Democracy Beyond the State? The European Dilemma and The Emerging Modern Order*. Lanham. 2000, págs. 63-89. Contra BECK, U. y GRANDE, E. «La Europa Cosmopolita». *Op. cit.* pág. 265.

dialéctica o lucha entre Poderes –y/o «contrapoderes»– entre el «*Poder Político*», al menos en su conformación mayoritaria, y la «*Opinión Pública*», también mayoritaria, generada por sus decisiones. Desde esta perspectiva, lo acaecido respecto de estas dos iniciativas de política del Derecho Social Comunitario se revela suficientemente ilustrativo sea del carácter «*reflexivo-comunicativo*» de los problemas –riesgos globales– que trata de abordar y de las respuestas dadas por el poder político para afrontarlos, sea de las *paradojas*, e incluso contradicciones, de estos riesgos como de las respuestas.

En efecto, llama la atención el extraordinario eco que han tenido ambas iniciativas en los medios de comunicación de masas, ayudando a crear Opinión Pública, por lo general negativa, sobre ellas. Con carácter general, el carácter global que tienen hoy los problemas –riesgos–, por cuanto afectan a todos –ciudadanos y Estados– atrae la atención mediática, sin duda hoy uno de los principales «contrapoderes» de la sociedad mundial del riesgo<sup>10</sup>. En nuestro caso, la Opinión Pública, la mediática o de masas, así como la «Opinión Científica», la propiciada por un amplio conjunto de sectores de la «comunidad intelectual», habría reaccionado no ya solo sobre las consecuencias –la percepción como problemática e irritable de los efectos– de la toma de decisiones, sino sobre las decisiones consideradas en sí mismas, aunque por lo general no se conozca el alcance concreto, formalizado, de las mismas –ningún medio de comunicación que yo conozca ha recogido ni un solo texto completo de ambas «Directivas», tampoco de los detalles de la regulación de sus reglas más conflictivas, como aquí veremos–. La fuerza de esta consecuencia indirecta de la construcción social y política de los riesgos globales es tal que solo parece existir lo que se divulga insistentemente, como casi una «verdad absoluta», por los medios de comunicación, hasta el punto de que lo no difundido en ellos parece no existir<sup>11</sup>.

Pongamos al lector una prueba sencilla para que pueda por sí mismo comprobar cuánto de razón tiene esta observación. Ahí va: sinceramente, ¿cuántos de ustedes, y de sus conciudadanos/as, muy preocupados/as por la alarma de potencial regresión generada por estas normas, saben que en el mismo «paquete» del «tiempo de trabajo» se ha aprobado por el Consejo la «Directiva» relativa a las condiciones de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, también pendiente de aprobación por el PE? ¿Acaso no es polémica esta materia, en especial en nuestro país, con el recelo sindical hacia el sector?... Pues, pese a que este dato ha pasado en gran medida desapercibida para el común de los mortales, la patronal del sector en España ya ha tomado cartas en el asunto y ha empezado su campaña a favor, porque suponen que esta norma servirá para ampliar su cuota de mercado, ahora mismo situado en torno poco más del 15% de los trabajadores con un contrato temporal –en torno al 30% del total de la población asalariada en España–, a través de la eliminación o flexibilización de las restricciones que hoy tienen en nuestro ordenamiento... Pero esta es otra historia que contaremos en su momento.

Volvemos entonces sobre nuestro tema. La situación generada por la aprobación a cargo del Consejo Europeo de ambas Directivas nos ayuda a comprender, tanto en su sentido positivo como

<sup>10</sup> Para una construcción renovada de la clásica dialéctica entre «poderes» y «contrapoderes» *vid.* BECK, U. «Poder y Contrapoder en la Era Global. La nueva economía política mundial». Paidós. Colección: *Estado y Sociedad*, n.º 124. Barcelona. 2005.

<sup>11</sup> De esto se seguiría, para bien y para mal, que «el medio político de la sociedad mundial del riesgo no es la calle», sino los «medios de comunicación», y no solo la televisión, sino otros más modernos y quizás potentes, como «Internet» y sus enormes posibilidades de difusión, colectiva e individual. Por lo tanto, el «sujeto político» principal serían «los movimientos reivindicativos transnacionales que, ante las amenazas reales y potenciales, saben escenificar en los medios de comunicación los símbolos culturales que conciencian de la amenaza en ciernes». *Cfr.* BECK, U. y GRANDE, E. «La Europa...» *Op. cit.* págs. 290 y ss.

en el negativo, cómo se forman los espacios públicos globales o transnacionales en Europa. Las respuestas de las instituciones comunitarias a riesgos que son globales no pueden prescindir del momento comunicativo, reflexivo, de modo que tanto los ciudadanos, como sus diferentes organizaciones representativas –aquí los sindicatos, las patronales, las asociaciones pro-inmigrantes...–, puedan reflexionar no ya solo sobre las consecuencias de la acción de sus gobernantes, sino también sobre la forma y contenido concreto de las decisiones de estos –participación a través del principio del Diálogo Civil y del principio del Diálogo Social–. Este modelo de acción participada, clave del modelo social europeo, presenta algunas paradojas relevantes, e incluso contradicciones, que aquí sintetizo en dos por ser más significativas. A saber:

Por un lado, cuanto mayor es la convicción sobre el carácter fallido o fracasado de la respuesta dada, mucho mayor es la probabilidad de que se informe y se discuta públicamente sobre ella, a menudo de forma deliberadamente distorsionada. Por otro lado, las decisiones de política jurídica dirigidas a reducir o eliminar el problema –riesgos globales– suelen acabar aumentando los peligros que intentan reducir. De este modo, la sociedad mundial del riesgo, en que se sitúan de plano las dos iniciativas que comentamos, plantea nuevos desafíos al conjunto de sus instrumentos de acción, a la Política y a la Economía, sin duda, pero también al Derecho, a fin de hacer frente a las «contradicciones producidas por la necesidad de controlar lo que no se puede controlar» –los flujos migratorios, las condiciones de competencia global, la seguridad–.

Sin duda, esta constatación pone de manifiesto, a las claras, deja al desnudo, las limitaciones del proyecto europeo, porque presenta abiertamente sus contradicciones externas y sus insuficiencias. Pero al mismo tiempo evidencia, como irrenunciable, su necesidad, en una sociedad hoy dominada, frente a lo que sucedía en el siglo XX, por «la cultura de la inseguridad». La sociedad mundial del riesgo de la que participa Europa no puede remitir ya solo a un modelo uniforme y lineal de socialización, solo ajustada a la imagen positiva de una armonización sobre normas y valores únicos y positivos, en su totalidad compartidos, sino que se articula también, máxime tras la ampliación, en el conflicto sobre el modo de entender estos valores y su actualización. El resultado es un proceso de construcción dialéctica, no unívoca, de la integración socio-económica, que exige llegar a difíciles, pero irrenunciables, equilibrios entre sus incuestionables aspectos positivos –solidaridad, libertad...– y los no menos inexorables aspectos negativos –incrementos de riesgos, emergencia de crisis, la percepción diversa de las amenazas al bienestar y a la seguridad...–<sup>12</sup>.

A fin de hacer frente a este enorme desafío con razonables expectativas de éxito de poco servirá, a mi juicio, el presentar, como ha sucedido en los dos procesos reguladores que analizamos, los textos de una manera deliberadamente sesgada. De modo que, lejos de informar de sus contenidos concretos, se ha apostado, en ambos bandos, el del poder político institucional –titulares de la soberanía reguladora– y el del sector crítico –la Opinión Pública–, por ofrecer una imagen simplificada y deformada del régimen regulador, tanto del Retorno como del Tiempo de Trabajo. Si para el Poder Político Oficial ambas regulaciones –por unanimidad la relativa al proceso de retorno– constituyen una mejora de las garantías hasta el momento existentes en el conjunto de la UE, se trata pues de una «norma de garantía» y de «avance», para la Opinión Pública, y para otros «contrapoderes» mediáti-

<sup>12</sup> Vid. BECK, U. y GRANDE, E. «La Europa Cosmopolita». *Op. cit.* pág. 280.



cos, sociales y académicos, se trata de «normas odiosas», esto es, restrictivas de derechos fundamentales y, por tanto, «retrógradas», regresivas.

Pero ¿cómo pueden darse dos lecturas tan radicalmente enfrentadas de unos mismos documentos jurídicos? ¿Es creíble realmente que nuestros Gobiernos estén tan alejados de la conciencia social que sus poblaciones tienen de estas materias como para impulsar regulaciones que resultan involucionistas, profundizando aún más la fosa que existe entre la imagen tecnócrata de Europa y la que tienen los ciudadanos? La tremenda paradoja, a mi juicio, es que las medidas más polémicas mediáticamente de las «Directivas» pretendidamente de la «Vergüenza» no implican sustancialmente ninguna novedad respecto de lo que ya existe actualmente en el Derecho Comunitario.

Así, y sin perjuicio del comentario más detenido que realizaré de inmediato, el temible —y no es para menos— plazo interminable de los 18 meses de internamiento, ni se concibe como regla general, sino como excepción, la regla es que se desarrolle en el «menor tiempo posible», y en todo caso pretende evitar que haya Estados miembros con una regulación de plazos *sine die*. Por lo que refiere al plazo, no menos pavoroso, de las 60 o incluso 65 horas semanales de trabajo, además de recordar que es una excepción, se presenta también como una regla para evitar lo que hoy puede suceder normativamente y está sucediendo en la práctica: que haya Estados que se acojan a la excepción de la cláusula de inaplicación de la regla de la jornada máxima legal comunitaria —48 horas semanales— sin tener ningún límite específico o concreto. A la vista de estas reglas «limitadoras» la mayoría de nuestros lectores, sin duda muy preocupados por el sesgo antisocial que emana de una regulación de este tipo, ¿qué confianza se puede tener en este tipo de Derecho Social Comunitario que nos remonta a límites más propios del siglo XIX que del siglo XXI, y que por tanto más que estancarnos nos hace retroceder en el tiempo?

Y no les faltará razón, porque así es. Ahora bien, lo que yo trato de evidenciar es que esa situación socialmente regresiva no está promovida o no es creada por estas Directivas, aunque se apliquen en ambos casos tal y como ahora están, sino que constituyen posibilidades ya permitidas por el Derecho Comunitario y, por tanto, deja abierta la puerta a que las legislaciones de los Estados miembros las introduzcan, como sucede, para ambos casos, en el Reino Unido, pero no solo. En consecuencia, lo más llamativo, y criticable, para mí, es que ninguno de los dos «contendientes» en liza sean, por lo general, «sinceros», o al menos no digan toda la verdad, generando un mayor malestar en la ciudadanía, y que ambos omitan o sesguen, interesadamente, y por lo general, tanto el contenido concreto de las reglas actuales y de futuro como el verdadero transfondo de las decisiones de política jurídica adoptadas.

De nuevo, para describir esta situación me viene a la mente otro planteamiento que se atribuye a Marx Twain, que solía poner en guardia sobre el uso político de lo que llamaba las «*mentiras silenciosas*», aquellas basadas en la falsedad o engaño derivado de un silencio, dejando en la oscuridad la verdad. Un ejemplo concreto es la nueva regulación propuesta de la cláusula de inaplicación de la regla general de las 48 horas, pues, como acabo de indicar, se oculta que es la Directiva la que prevé que esa opción de los Estados sea legítima sin ningún límite cuantitativo, y que la modificación propone introducir este límite, a cambio de mantener la excepción, que es lo que debería haber propuesto por razones de salud laboral y de trato digno. Como tampoco se dice que en muchos Estados



no se reconoce para procesos de retorno la asistencia jurídica gratuita, que la Directiva de Retorno pretende generalizar.

Pero en este ámbito, junto a las «*mentiras silenciosas*», se incurre también en el vicio, o al menos conducta poco virtuosa, de las «*mentiras razonables*», que, según el escritor y humorista norteamericano citado, son aquellas que acumulan una parte de verdad y otra de mentira, de modo que no puede decirse que sea «mentira en absoluto» pero tampoco que se diga toda la «verdad»... De estas también encontramos unas cuantas en la dialéctica entre los partidarios de ver las «Directivas» primariamente como normas de «garantías» o como normas odiosas, esto es, restrictivas de derechos. Así, por ejemplo, cuando se afirma que la Directiva de Retorno supone garantizar una atención adecuada –digna– a los inmigrantes en espera del retorno, no se dice también que en la Directiva ni se impide que este internamiento se haga en «cárceles», lo que es aberrante, ni se garantiza la atención de las necesidades básicas de servicios de acción social. Por el «bando crítico», solo a título de ejemplo –la lista es larga, y quizás hacer un listado completo pueda ser más entretenido que completar un «Sudoku»–, cuando se critica lo prolongado del tiempo, se silencia que la Directiva prohíbe, como se verá, que esta regla pueda ser la general y deberá tomarse solo por razones justificadas y siempre respetando la proporcionalidad de la medida. Del mismo modo, y en relación con la Directiva del Tiempo de Trabajo, cuando se anuncia «a bombo y platillo» que será posible un acuerdo individual que deje en agua de borrajas el límite máximo de jornada, además de silenciar, como se ha dicho, que eso ya es posible, se silencia que la actual regulación busca establecer mayores controles a esta opción legislativa, según veremos en próximos apartados. Otra cosa es que sean efectivos.

En suma, a la vista de estas reflexiones, no me cabe sino concluir, una vez más con Twain, que un conjunto de «mentiras torpes y acientíficas» es a menudo tan ineficaz, para determinados intereses, como la propia «verdad». Por eso, dada la gran envergadura de las materias afectadas y de la cuestión fundamental subyacente, la misma credibilidad del modelo social y de vida europeo –*european way*–, incluido su *Derecho*, como una sólida alternativa al modelo norteamericano –*american way of life*–, entiendo de la mayor utilidad y la máxima urgencia analizar en sus estrictos términos el auténtico contenido y alcance, si bien en sus puntos clave, de ambas iniciativas. Es evidente que mi propósito, como anunciaba al principio del trabajo, no es ni redimir en el plano moral el actual debate, ni desplazar el juicio del lector por el mío, sino tratar de que los operadores jurídicos, y los ciudadanos, alcancen su propia valoración, y tomen su decisión, a partir de un conocimiento no puramente mediático, por lo general muy deformado, sino informado.

### 3. «PUNTOS CALIENTES» DE LA «DIRECTIVA DE RETORNO»: ¿«NI TAN SIQUIERA LA MITAD DE LA MUJER DEL CÉSAR»?

*Hay hombres que luchan un día y son buenos. Hay otros que luchan un año y son mejores. Hay quienes luchan muchos años y son muy buenos. Pero hay los que luchan toda la vida: esos son los imprescindibles.*

Bertolt BRECHT

### 3.1. El plano político-jurídico: caracterización del modelo regulador del proceso de retorno de las personas inmigrantes en situación irregular.

En una sociedad del conocimiento y de la transparencia no solo es necesario fijar «normas claras y justas» para una política efectiva de retorno, como dice la propia Directiva que comento, sino que también han de parecerlo, a fin de formar una Opinión ciudadana adecuada. En definitiva, como «la mujer del César», las normas no solo han de ser «honradas» –justas, ciertas e igual para todos–, sino que han de parecerlo. A este respecto, es evidente que la Directiva de Retorno no cumple con esta exigencia, no ya solo por la intensa campaña de desprestigio que ha recibido, sino también por lo confuso, y sobre todo, ambiguo, que resulta la redacción de buena parte de sus textos. Cuestión distinta será dilucidar si, como sostienen sus críticos radicales, tampoco es «honrada», porque no garantiza un trato decente para las personas inmigrantes, o, como sostienen sus redactores, sí que es «en el fondo» honrada, porque busca, si bien como limitaciones, avanzar en la protección de este colectivo de personas.

Conviene precisar que la aprobación de la Directiva no ha sido improvisada. Al acuerdo institucional –primero del Consejo y luego del Parlamento (18 de junio de 2008: 367 votos a favor, 206 en contra y 109 abstenciones) se ha llegado tras un largo período de debates, que ha durado más de tres años. Por lo que no ha sido nada fácil fijar una «norma común» que permitiera armonizar en todos los países de la UE –27– los procedimientos de retorno forzado de las personas inmigrantes en situación ilegal o irregular. Quizás no sea del todo ocioso explicar brevemente cuál era el punto de partida para comprender más correctamente el sentido del texto finalmente aprobado.

Hasta esta iniciativa, no se contaba con una regulación normativa comunitaria de la política de «repatriación» –concepto que prefiere el art. 63.3 b) TCE– o de «retorno» –concepto acotado por la Directiva–. Diferente es que, a través de distintos documentos e instrumentos –como el Fondo de Retorno–, desde el Tratado de Ámsterdam se hayan promovido iniciativas comunitarias en este ámbito, preparando el camino, o allanándolo, para alcanzar esta regulación y, así, ir concretando legalmente la idea de una política comunitaria en materia de inmigración.

En esta dirección, conviene recordar que la mayor dificultad para su aprobación no ha estado en la pugna entre los partidarios de mayores o menores garantías, sino en la lucha por persuadir a países de gran influencia en la UE –Francia, Alemania y Austria, Reino Unido...– de que cediesen en sus posiciones de introducir medidas mucho más restrictivas. Así, por ejemplo, si Francia abandonaba la aplicación de la Directiva también a los menores inmigrantes, los países centroeuropeos rechazaban el hacerse cargo de la asistencia jurídica de los inmigrantes en situación ilegal, por citar dos aspectos especialmente significativos en la regulación comunitaria.

En consecuencia, la primera clave de comprensión del modelo regulador ha de ser necesariamente su carácter de texto transaccional, lo que significa que incorpora cesiones a estos Estados en términos de flexibilidad en la toma de decisiones sobre la política de retorno en cada Estado miembro, aun dentro del nuevo marco común, pero también garantías de derechos, que inicialmente estos Estados no estaban dispuestos a reconocer. En consecuencia, y al margen de la valoración global que merezca esta Directiva, para mí crítico sin duda, es evidente que toda lectura unilateral o sim-

plista de la misma no responde al contexto político-institucional del proceso legislativo ni, como se verá, tampoco al texto finalmente aprobado. La integración comunitaria de esta política, parcial como se verá por el significativo margen de decisión que deja a cada Estado miembro –tanto es así que algunos Estados, como España, se empeñan en proclamar en todos los rincones del mundo que «nunca» aplicarán esta Directiva porque nuestro Derecho «es mejor», más favorable–, no puede dejar de respetar, como cuida el texto de reiterar por doquier, los derechos y principios fundamentales, que han de actuar como controles de validez y legitimidad del conjunto de disposiciones del propio texto de la Directiva.

El objetivo de la Directiva de Retorno es, pues, el establecimiento de *normas comunes sobre retorno, expulsión, uso de medidas coercitivas, internamiento y prohibición de entrada*, y parte del convencimiento de la incapacidad de los Estados de la UE <sup>13</sup>, que tendrán un par de años para adecuarse a ella a contar desde su publicación –que todavía no se ha producido en el DOUE–, para hacer frente a esta política sin una norma comunitaria. Por tanto, responde al principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 TCE, lo que viene a complementar y reforzar la base jurídica específica del artículo 63.3 TCE, relativa a la ambigua noción de «repatriación».

En todo caso, como ya se ha anticipado, con ello se prosigue con un proceso de integración en la política comunitaria de la gestión o gobierno del fenómeno inmigratorio, pero que, como es sabido, se limita en buena medida a los aspectos del control de flujos y deja en un segundo plano aspectos clave como es la integración socio-económica y, en buena medida, también socio-cultural, que siguen siendo materias dejadas, o más bien abandonadas, a la competencia de los Estados miembros. Sin duda, el elemento más destacado es la lucha contra la inmigración ilegal, basándose en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (1999) y Bruselas (2004). Asimismo, de especial referencia ha servido para la Directiva el Documento adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 4 de mayo de 2005, relativo a «*Veinte directrices sobre el retorno forzoso*» (CM 2005, 40) –Considerando 3–.

La aprobación de la Directiva ha provocado aceradas críticas desde los más diversos sectores de opinión, incluidos los mandatarios de América Latina, que han entendido que con esta norma se abre un frente de imprevisibles consecuencias en las relaciones internacionales entre los países emisores y los receptores de personas que se desplazan para realizar un proyecto de vida, personal y profesional. Pero, paradójicamente, si hemos de creer –no hay razón plena para ello porque suele ser más formal o solemne que real– lo que se dice en la Exposición de Motivos, el objetivo de la Directiva, es garantizar que la política de retorno, esto es, la toma de decisiones en orden a poner fin a la estancia ilegal de naciones de terceros países a través, se conduce en todos los Estados miembros por un «*procedimiento justo y transparente*». Por tanto, ha de estar regido por el respeto a los «principios generales del Derecho Comunitario» –Considerado 6–.

<sup>13</sup> En principio sería de aplicación a los 27 Estados miembros. No obstante, se incorporan disposiciones específicas respecto a determinados países. En unos casos para excluirlos de su aplicación, como es el caso de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, y en otros, para traer a colación situaciones especiales, en el marco de Acuerdos específicos en el espacio o acervo Schengen (Islandia y Noruega; Suiza, Liechtenstein). El caso del Reino Unido es especialmente problemático, no ya solo porque de no aplicarse para él la Directiva se caería por su propio peso el argumento de quienes lo ponían como ejemplo de regulación restrictiva que debería cambiar, sino porque sí que está concernido por la regulación del Fondo de Retorno.

Desde esta perspectiva, la segunda clave de lectura del modelo regulador es, en el plano formal, protectora, aunque de mínimos. Quizás esta observación puede parecer un auténtico sarcasmo para el sector crítico radical, a la vista de los resultados –las normas y las prácticas–, pero lo cierto es que, al menos en el terreno de los propósitos –el discurso–, la Directiva no es ambigua a la hora de proclamar que su finalidad principal es establecer un conjunto de *garantías comunes mínimas*, a fin de asegurar la protección efectiva de los derechos e intereses de las personas afectadas –Considerando 11–. Entre estas garantías estarían, precisamente, el que:

- Se asegure la asistencia jurídica necesaria a las personas que no tengan recursos suficientes, conforme a la legislación nacional.
- Las medidas coercitivas utilizadas, tanto en relación con los objetivos perseguidos como con los medios usados, han de ajustarse al principio de proporcionalidad.
- La prohibición de entrada ha de ajustarse en cada caso a las circunstancias individuales concurrentes, y debe tener un plazo máximo que, como regla normal, no debe ser de duración superior a cinco años –Considerando 14–.
- Se llama la atención especialmente sobre la necesidad de limitar el uso del internamiento, que solo se justificaría «para preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, y si la aplicación de medidas menos coercitivas no es suficiente» –Considerando 16–. Asimismo, salvo en lo que atañe al momento de la «detención inicial», que ha de hacerse por servicios de policía, «debe llevarse a cabo por regla general en centros especializados» a tal fin –Considerando 17– y bajo determinadas «condiciones básicas de subsistencia» de estas personas en el país de estancia ilegal en tanto no puedan ser ejecutadas las decisiones, con inclusión del derecho a la confirmación escrita para acreditar que estas personas se hallan en situación ilegal.
- La ejecución de las órdenes de expulsión conforme a principios y garantías de protección, incluyendo el respeto a la dignidad y a la integridad. También las normas de seguridad en las expulsiones conjuntas por vía aérea, anexas a la Decisión 2004/573/CE. Se prevé el aplazamiento de la expulsión en todo caso si puede lesionarse el principio de no devolución, lo que es obvio, o se reconozca el efecto suspensivo de la medida en caso de recurso –art. 9.1–, o potestativamente, durante un período oportuno de tiempo, atendiendo a ciertas circunstancias concurrentes –estado físico o psíquico de la persona, razones técnicas, tales como la falta de capacidad de transporte o la imposibilidad de ejecutar la expulsión debido a la falta de identificación–... En casos de aplazamiento de la expulsión «podrán imponerse las obligaciones previstas en el artículo 7.3...», que no hacen referencia al internamiento, aunque en la práctica sí que será la medida más usada...

La técnica jurídica para articular un modelo regulador que contemple como clave el reconocimiento de garantías debe ser, junto al *reconocimiento de ciertos derechos individuales*, el condicionamiento de la legitimidad de la facultad de hacer retornar a nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal al respeto de *un sistema de límites* a la misma –art. 5 Directiva–. Pues bien, una primera lectura del texto pone de relieve la preocupación –quizás, pensarán los críticos radicales, por su «mala conciencia»– por someter el ejercicio de estas potestades de los Estados a un extenso y heterogéneo catálogo de límites. A saber:

- a) La existencia de un sistema de asilo justo y eficiente, basado en el respeto pleno al principio de no devolución –Considerando 8–.

De ahí, pues, la especial atención que ha de prestarse a la regulación del derecho de asilo, especialmente de la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. También se hace expresa mención de las obligaciones resultantes de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951; modificada por el Protocolo de Nueva York, 31 de enero de 1967).

- b) El respeto al principio jurídico general de proporcionalidad, que ha de jugar a lo largo y ancho de la regulación, determinando la legitimidad de las decisiones, sean legislativas sean administrativas.
- c) El respeto en todo caso al *principio de trato digno*.

Esto exige, de conformidad con el Derecho Humanitario Internacional, amén del Nacional, que todas las decisiones adoptadas, y en especial las relativas al internamiento, queden sujetas a los imperativos de los derechos fundamentales de estas personas. Por eso, se reconoce de modo expreso que la Directiva «respeto los derechos fundamentales y tiene en cuenta los principios consagrados, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» –Considerando 24 y art. 1–. En consecuencia, queda claro, frente a la imagen radicalmente negativa dada por el sector más crítico, que la regulación no pretende quebrar el régimen hasta ahora existente ni en el Derecho Comunitario ni en el Derecho Internacional. La norma comunitaria ha tenido en cuenta en este punto las recomendaciones u observaciones hechas por el ACNUR, que consideraba el respeto a los derechos de las personas como una componente clave de la gestión de las políticas migratorias. Así, además se establecía en el Programa Multianual de la UE en el Área de libertad, seguridad y justicia («Programa de La Haya», DOC 53, 3 de marzo de 2005).

Está plagada de referencias a este límite. Otro ejemplo relevante se produce en el momento de la expulsión, de modo que se pone de relieve no ya solo el respeto al principio de proporcionalidad, sino a los derechos fundamentales –art. 8.4–.

- d) El respeto al principio-derecho de tutela de la igualdad de trato y prohibición de cualquier forma de discriminación –Considerando 21–.
- e) La protección del interés superior del menor.

En línea con la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU (1989), el «interés superior del niño» debe ser la consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva. Asimismo, de conformidad con el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, también el «respeto de la vida familiar» ha de ser atendido de modo preferente en su aplicación –Considerando 22–<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Por todos, ESTEBAN DE LA ROSA, G. y GÓMEZ VALENZUELA, E. «El sistema transnacional de protección de menores». Documento de Trabajo 8. Curso de Forinter-2. Universidad de Jaén. 2008.

En general, se contempla una orientación favorable a ofrecer o brindar una tutela especial a las personas vulnerables... Por tales se entiende a «*los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual*».

f) La protección del estado de salud del nacional de un tercer país.

Una tercera clave del modelo regulador impulsado por la Directiva de Retorno, y corolario de la referida clave de garantías, al menos tal y como resulta del texto, es el *enfoque individual y concreto*, frente a una lógica abstracta y normalizada, de tratamiento del retorno. En efecto, de modo expreso recuerda la Directiva que entre las exigencias de esta regulación comunitaria están la de adoptar decisiones de forma «individualizada» y siempre fundadas en «criterios objetivos». Por lo tanto, en la solución del conflicto entre el interés del retorno, que esgrimirá el Estado, y el interés a permanecer, que razonará el inmigrante, ha de tenerse en cuenta «otros hechos aparte de la residencia ilegal». Por tanto, el recurso a «formularios normalizados de decisiones sobre retorno», como se prevé en el artículo 12.3 de la Directiva, ha de tener bien presente este condicionamiento individual.

A mi juicio, esta exigencia es muy importante para corregir, e incluso prevenir, un buen número de excesos que podrían derivarse de ciertos entendimientos generosos o laxos de las reglas de la Directiva, como por ejemplo la eventual generalización de tiempos de internamiento prolongados, o su uso para ciertos colectivos especialmente vulnerables, como los menores, en especial los no acompañados. A mi juicio, y como luego argumentaré con algún detalle más, cualquier legislación estatal que propusiera como regla usual el internamiento prolongado –más de 6 meses, no ya de 18–, podría entenderse contraria al principio de proporcionalidad, si no se justifica suficientemente que para el caso concreto o específico ese internamiento era el necesario.

Por lo tanto, en este caso, la individualización del tratamiento del retorno ha de verse como una exigencia positiva. En el caso de la regulación del tiempo de trabajo, que también hace de esta individualización una clave fundamental para articular las excepciones a la regla general de la jornada máxima legal, esta lógica se muestra más ambivalente, de ahí las cautelas que, como se verá, adopta la propia Propuesta de Directiva para asegurar que la individualización no supone una vía de abuso empresarial, como ha venido sucediendo en la práctica. En ambos casos, es evidente que de este enfoque se deriva una elevada incertidumbre, y desigualdad, del régimen regulador, en la medida en que dependerá mucho del caso concreto, por lo que también se producirá un mayor riesgo de judicialización de estas materias, con lo que eso significa de mayores retrasos y de elevación de costes. Como se verá, esta inquietud se ha mencionado de forma expresa para los procedimientos de retorno de las personas inmigrantes en situación irregular.

Una cuarta clave de comprensión del modelo regulador es la centralidad que se da a la cooperación internacional. De este modo, la Directiva subraya la necesidad de huir de un enfoque unilateral del proceso de retorno para adoptar más bien *una lógica bilateral* o pactada. Desde esta perspectiva, se subraya la necesidad de Acuerdos *de Readmisión* entre la Comunidad y Terceros Países para facilitar el proceso de retorno. No obstante, más que un instrumento coadyuvante, o útil de



gestión, de la política de retorno, el Acuerdo aparecería como un presupuesto de efectividad de la misma.

En efecto, para la Directiva, sin la cooperación internacional formalizada mediante el Pacto o Acuerdo con los países de origen –y los de tránsito– en todas las fases del proceso de retorno no sería posible la consecución de su objetivo. Es, pues, un «requisito previo» –Considerando 7–. Ya tuve la oportunidad de evidenciar que de este enfoque depende también la viabilidad del nuevo concepto de «retorno sostenible», con carácter general y especialmente en relación con el más concreto y complejo problema del tratamiento de los menores inmigrantes, sobre todo si se trata de personas menores no acompañadas –MENAS–. En última instancia, esta clave reguladora conlleva una importante «contratualización» de la política de retorno, aunque con ello se produzca al mismo tiempo, como se dijo, una «mercantilización» de la misma, pues es evidente que la cooperación de los países de origen o de tránsito tiene un precio –el coste por la externalización (desplazamiento) del control de fronteras del «Imperio europeo»–.

Asimismo, se pone el acento en la cooperación entre instituciones y en el método de intercambio de buenas prácticas, proporcionando así «un valor añadido europeo» –Considerando 19–. El instrumento principal al que se hace referencia es al Sistema de Información de Schengen de segunda generación –SIS II–, que deberá ser objeto de revisión conforme a la cláusula del artículo 24.5 del Reglamento (CE) n.º 1987/2006, de 28 de diciembre, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del SIS II.

En quinto lugar, la regulación propuesta refleja *la preferencia del retorno voluntario* sobre el obligatorio o forzado. A tal fin, no solo deben concederse períodos para esta salida voluntaria suficientes<sup>15</sup>, que ha de ser variable atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, sino que han de contemplarse medidas de fomento del retorno voluntario, sea a través de la facilitación de la asistencia y el asesoramiento, sea mediante la financiación de esta actividad en el marco del *Fondo Europeo para el Retorno* –Considerando 10–. Ciertamente, esta modalidad queda demasiado condicionada a la efectividad del objetivo, por cuanto solo será posible en los casos «en que no haya razones para creer que con ello se perjudica el objetivo del procedimiento de retorno», y que no es otro que la salida del país del extranjero en situación irregular.

De esta manera, y al margen de la credibilidad de esta vía, que en todo caso tendrá un efecto muy limitado, salvo que se acompañe de eficaces políticas de sostén o mantenimiento de la persona inmigrante en el lugar de retorno, nos encontramos con un típico reflejo de la tendencia difundida a promover modelos de regulación autónomos frente a los impuestos (heterónomos). En relación con la regulación del tiempo de trabajo también se verán ejemplos de este fomento de la gestión autónoma, individual o colectiva.

Para terminar de caracterizar las claves básicas de este modelo de regulación del retorno conviene no incurrir en el vicio de unilateralidad, o simplicidad, que sin embargo he denunciado aquí, tanto por

<sup>15</sup> Por «salida voluntaria» se entiende legalmente «el cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno» –art. 3 h)–.



parte de los redactores como de los críticos más radicales de la norma. He llamado la atención sobre su carácter eminentemente transnacional de la Directiva y, por tanto, sobre su ambivalencia. La preocupación, que no es solo especulativa sino que se ha formalizado en el texto, por aceptar un modelo condicionado de la legitimidad de esta facultad de los Estados, no puede llevar a ignorar que toda la Directiva responde a la voluntad de asegurar esa legitimidad, por tanto constituye un instrumento que refuerza en ciertos aspectos el poder de acción de los Estados. En consecuencia, no puede entenderse la Directiva solo en esa clave de garantías, aunque mínimas, sino que ha de desvelarse su pretensión de defender el principio de eficacia del actuar administrativo. Por eso no solo se reconoce, como se ha dicho, la legitimidad de esta facultad de los Estados miembros, sino que se afirma la potestad de estos para contar con mecanismos coercitivos suficientes para llevarla a cabo, aun dentro de límites, y con instrumentos para el control en todo momento del retorno forzoso. En este sentido, se afirma que los Estados miembros *«deben disfrutar de amplia discreción sobre la forma de la conformación escrita y pueden incluirlas en las decisiones de retorno adoptadas en virtud de la presente Directiva»*.

Asimismo, para poner en práctica ciertos instrumentos complementarios, como las prohibiciones de entrada de estas personas, se llama la atención sobre el sistema de intercambio de información, para garantizar un acceso rápido a todos los Estados, pues la prohibición lo será a todo el territorio de la UE. Este intercambio de información se llevará a cabo, como se ha dicho, a través del Sistema de Información SIS II. Y en esta misma línea, expresamente se establece el mandato a los Estados miembros de crear un «sistema eficaz de control del retorno forzoso» –art. 8.3–, o la posibilidad de adoptar medidas urgentes respecto a los controles y condiciones de internamiento en las llamadas «situaciones de emergencia» –art. 18–... En estos casos, bastará con informar a la Comisión de la situación, así como de su eventual desaparición, lo que, a todas luces, es muy poco tranquilizador para la seguridad y libertad ciudadanas.

En todo caso, es evidente que ninguna de estas facultades, ni las ejercidas de forma ordinaria ni las extraordinarias, ya se trate de retornos individuales ya lo sean «colectivos» o masivos –respecto de los que no se hace referencia expresa en esta versión de la Directiva, más allá de las vías abiertas por la referida facultad de decretar situaciones de emergencia, dado su carácter grupal– pueden interpretarse ya como *«patentes de corso»* para incumplir la obligación general de tomar medidas adecuadas, generales o particulares, para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Directiva. Y desde luego que en modo alguno pueden justificar una revisión a la baja de las legislaciones más tutelares que existan en ciertos Estados miembros, pues el propio Consejo ha puesto de manifiesto que la Directiva *«no debe utilizarse en sí misma como una razón para justificar la adopción de disposiciones menos favorables a las personas a las cuales se aplique»*. Aunque, cierto es, esta previsión es ambigua, entiendo que, por la voluntad expresada formalmente por varios Estados miembros, con esta «declaración» se está garantizando el carácter no regresivo de la Directiva respecto de legislaciones más favorables ahora existentes, evitando o previniendo la tentación de algunos Estados de aprovechar la Directiva para reformar su legislación en sentido peyorativo.

El sector crítico radical silencia por completo estas previsiones, que ni tan siquiera comenta. Desde esta perspectiva, se obvia por completo el referido enfoque general de derechos, garantías y límites a las facultades de los Estados, para poner el acento en la lógica legitimadora del poder de los Estados de disponer ampliamente de las condiciones de vida del colectivo de inmigrantes irregulares en régimen de retorno. Por eso, no puede dejar de ser una norma regresiva porque, cuando menos supone:

- Aceptar el que se autorice el «internamiento» –para muchos se trata de un auténtico «confinamiento»– de las personas migrantes en situación irregular hasta un máximo de 18 meses.
- Normalizar la salida «forzada» de las personas migrantes, incluso de menores no acompañados, impidiendo el retorno por un plazo de hasta cinco años. Esta «exclusión» del país –auténtica expulsión– puede ser resultado tanto de una resolución judicial como de un acto administrativo.
- Lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva, al vulnerar principios del proceso, tales como las garantías de acceso a una defensa apropiada, de no estar incomunicado, o por conferir a un funcionario administrativo –y no a un juez– el poder de privar de libertad a otro ser humano.

En el plano de la crítica jurídico-académica se avalaría plenamente, pues, como se ha dicho, la lectura de los países emisores de inmigración, y del movimiento pro derechos de las personas inmigrantes, según la cual su puesta en práctica conllevaría la «criminalización» de los flujos migratorios. El rechazo es amplio, por entender que contradice los derechos y principios de la célebre Declaración Universal de Derechos Humanos –art. 13 en especial: el derecho a salir de un Estado–, si bien no existe ninguna normativa internacional que reconozca el derecho a entrar en un Estado, al margen de las normas que este fije, como se desprendería de reconocerse el derecho social a inmigrar –el derecho a entrar–. Desde esta perspectiva, también puede comprobarse cómo se crea una creciente barrera entre los ordenamientos jurídicos de los países «exportadores» de la mano de obra inmigrante y los «importadores» de la misma. Aquellos tienden a establecer normas que reconocen y garantizan derechos universales<sup>16</sup>, mientras que estos restringen su protección. La crítica de la Directiva desborda, pues, fronteras, como era bien fácil esperar, y ha provocado un «frente crítico» en los países del «Sur», si bien la migración no es un tema exclusivo de los países del Norte, pues el 50% de los flujos migratorios se da entre países del Sur.

Entre los principios que quebrarían, se sitúa el principio de movilidad de personas. Una quiebra que, en última instancia, también supone una profunda paradoja en modo de regulación capitalista, que regula de modo restrictivo el tránsito de los seres humanos, pese al actual contexto de globalización, mientras que Europa promueve mayores libertades de intercambio económico, a través de los Acuerdos de Asociación (AdA) y Tratados de Libre Comercio (TLC), a fin de reforzar el libre tránsito de las mercancías y los capitales. Por eso, se evidencia su carácter contraproducente en relación con la regulación del trabajo, que está también muy presente, como se decía, en esta regulación. La razón es que con normas restrictivas parece demostrarse, según una lección de historia en esta materia, que el resultado es mayor precariedad en la situación de los trabajadores que, de todas formas, el poder económico va a seguir utilizando como generadores de su propia riqueza y el dinamismo de la sociedad de «acogida». De este modo, lejos de propiciar flujos laborales ordenados se

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, el artículo 1 de la nueva Ley de Migración (número 18.250) de Uruguay reconoce «como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión, convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, ...».

introducen factores de segregación en función del mercado a las personas migrantes, que son cada vez más elegidas debido a su utilidad en el plano económico, y negando el acceso a aquellos hombres y mujeres que no cumplen con el perfil deseado a estos efectos, ignorando cualquier «cupos de solidaridad» por parte de la sociedad de acogida.

Entonces, la «Cruzada» emprendida contra la Directiva de Retorno por una parte importante de la Opinión Pública Internacional, que llama a su denuncia activa y permanente, ¿está justificada si pasando de este plano de política jurídica entramos de lleno en el contenido técnico-jurídico de la misma? Veámoslo.

### **3.2. Lecturas en el plano técnico-jurídico: los «textos» y «normas» más relevantes del régimen comunitario del retorno de inmigrantes.**

#### *3.2.1. El ámbito y condiciones de aplicación de la Directiva de Retorno.*

En una aproximación meramente descriptiva, lo primero a señalar es que la «Directiva de Retorno» no se agota, como pudiera parecer por la difusión mediática de la misma, en la regulación del internamiento, con ser un aspecto central de la misma, sin duda. Su contenido está ordenado en cinco Capítulos y 23 artículos, así como un Anexo que recoge las «declaraciones» de las instituciones comunitarias en orden a cómo debe entenderse la aplicación de la Directiva, a fin de facilitarla, buscando evitar tanto un uso regresivo de la misma respecto de la regulación actual –comunitaria y nacional–, cuanto una desatención de sus garantías por sus elevados costes, que serán asumidos en parte por Fondos Europeos. Su estructura es la siguiente:

#### Capítulo I (Disposiciones generales)

##### Artículo 1. Objeto

##### Artículo 2. Ámbito de aplicación

##### Artículo 3. Definiciones

##### Artículo 4. Disposiciones más favorables

##### Artículo 5. No devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud

#### Capítulo II (Finalización de la estancia ilegal)

##### Artículo 6. Decisión de retorno

##### Artículo 7. Salida voluntaria

##### Artículos 8. Expulsión, y 9. Aplazamiento de la expulsión

Artículo 10. Retorno y expulsión de menores no acompañados

Artículo 11. Prohibición de entrada

Capítulo III (Garantías procesales)

Artículo 12. Forma

Artículo 13. Vías de recurso

Artículo 14. Garantías a la espera del retorno

Capítulo IV (Internamiento a efectos de expulsión)

Artículos 15. Internamiento, y 16. Condiciones de internamiento

Artículo 17. Internamiento de menores y familias

Artículo 18. Situaciones de emergencia

Capítulo V (Disposiciones finales)

Artículo 19. Obligaciones en materia de información

Artículo 20. Incorporación al ordenamiento jurídico nacional

Artículo 21. Relación con el Convenio de Schengen (deroga sus artículos 23 y 24)

Artículo 22. Entrada en vigor (a los 20 días de su publicación en el DOUE)

Artículo 23. Destinatarios (son los Estados miembros)

Anexo. Declaraciones para el Acta del Consejo en el momento de la adopción)

Es evidente que en este trabajo no me detendré en un análisis detenido de todos y cada uno de estos aspectos, que bien merece un comentario monográfico y profundo, en especial en su relación con la vigente regulación española. Como anticipé, aquí se trata de exponer con el suficiente detalle los aspectos más problemáticos o conflictivos de la Directiva, por lo que no podemos ofrecer un análisis completo de la misma. No obstante, sí sintetizaré las cuestiones más relevantes para su comprensión conceptual y técnica, a comenzar por la delimitación que se hace en el Capítulo I y en el Anexo del ámbito y condiciones aplicativas de la Directiva.

En este sentido, por lo que refiere al ámbito de aplicación, la Directiva se aplica *«a los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en el territorio de un Estado miembro»*. Conforme al artículo 3 de la Directiva, se entenderá por nacional de terceros países, esto es, *extranjeros extracomunitarios*, a *«cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17.1 del Tratado y que no sea un beneficiario del derecho comunitario a la libre circulación»*. Por

«estancia ilegal» se entiende la presencia en el territorio de un Estado miembro de un extranjero no comunitario que no ha cumplido en ningún momento –irregularidad originaria o inicial–, o ha dejado de cumplir en el tiempo actual –irregularidad sobrevenida–, las condiciones exigidas para la entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro <sup>17</sup>.

En cambio, la Directiva no será de aplicación –art. 2–:

- En absoluto, a los *beneficiarios del derecho comunitario a la libre circulación*, en los términos previstos por el artículo 2.5 del Código de Fronteras Schengen. Se trata de una exclusión declarativa, por cuanto es inherente a la cualidad de sujeto protegido por la libertad de circulación.
- Potestativamente, cuando así lo determinen los Estados miembros, a quienes:
  - Sean objeto de una *denegación de entrada* ex artículo 13 del Código de Fronteras de Schengen, o detenidos con ocasión del cruce irregular de las «fronteras exteriores» de un Estado miembro, y no obtengan autorización para permanecer.

Como es sabido, cuando un inmigrante se presenta en un puesto habilitado para el cruce de fronteras pero no cumple con los requisitos exigidos para acceder, se producirá, a cargo de las autoridades encargadas del control de esas fronteras, un acto de «*rechazo en frontera*» o «*denegación de entrada*». Cuando no se pretende acceder por un puesto habilitado para ello, entonces lo procedente será, según el Derecho español, una «orden de devolución», una vez localizado, claro está, el inmigrante. Por lo general, este tipo de situaciones –reguladas en el art. 58.2 b) Ley de Extranjería– se consideran no sancionadoras en sentido estricto, a diferencia de las situaciones de expulsión en sentido estricto, de ahí que gocen de un régimen mucho más flexible, esto es, permitan mayor disponibilidad e inmediatez a las autoridades de fronteras para la determinación y ejecución del procedimiento administrativo que en todo caso debe haber.

El legislador comunitario parece seguir este mismo enfoque dual, de modo que las situaciones de denegación de entrada o rechazo en frontera no deberían seguir las mismas «garantías» que el procedimiento de retorno/expulsión, al menos con carácter general. No obstante, sabido es igualmente que para el Tribunal Constitucional (TC) español, y para la mayor parte de la doctrina en materia, estaríamos ante actos administrativos de gravamen o de restricción de derechos y, por tanto, constituyen una «sanción» en sentido material, aunque no formal –STC 312/2000–. Por tanto, estos actos administrativos no pueden estar completamente al margen del régimen de garantías jurídicas previstas para la sanción de expulsión –Sentencia del Tribunal Supremo, 3.ª, 30 de marzo de 2003–, aunque se apliquen de un modo más matizado.

Pues bien, evidenciando esa relativa preocupación por el plano de la tutela o garantías que le niega por completo el sector crítico radical, el artículo 4.4 de la Directiva cuida de prever que se

<sup>17</sup> Vid. artículo 5 –visado y autorización– del Reglamento (CE) n.º 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). Ampliamente en MOLINA, C., ESTEBAN, G. y ARCE, E. *La inmigración extranjera*. CEF. Madrid. 2005, págs. 305 y ss.

garantice un nivel de protección equivalente al previsto por la Directiva en determinados aspectos<sup>18</sup>. Así, en principio, y conforme a la exigencia del artículo 13.2 del Código Schengen, estas situaciones requieren abrir un procedimiento específico formalizado a través de una resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de dicha denegación. La resolución será adoptada por la autoridad habilitada en virtud del Derecho interno y se entregará mediante un impreso normalizado –Anexo V, parte B, del Código Schengen–. Esta resolución es ejecutiva, de modo que surtirá efecto inmediatamente. No obstante, admite ser suspendida si se pide como medida cautelar, pues la resolución es recurrible conforme a las normas del Derecho interno. El extranjero en situación irregular tiene derecho a que le entregue información asequible sobre los servicios en los que puede obtener la representación necesaria para actuar en su nombre de conformidad con el Derecho interno.

Lo más criticable de esta exclusión relativa del ámbito de aplicación de la Directiva de Retorno de las resoluciones de denegación de entrada es que no se haga mención, entre los aspectos que sí serán aplicables [los límites al uso de medidas coercitivas (art. 8.4 y 5 Directiva); aplazamiento de la expulsión (art. 9.2); asistencia sanitaria urgente y toma en consideración de las necesidades de las personas vulnerables (art. 14.1); condiciones de internamiento (arts. 16 y 17), y respeto del principio de no devolución], a ciertas garantías procesales –arts. 12 y 13–. Esta omisión tiene especial sentido respecto de las garantías de la asistencia jurídica gratuita –art. 13.4–, en la medida en que las garantías de forma escrita y de recurso están cubiertas, al menos en lo sustancial, por la regulación comunitaria y estatal vigente. Como es conocido, en nuestro país, *todas estas situaciones quedan dentro del generoso ámbito de protección* fijado por el artículo 22.1 de la Ley de Extranjería y la doctrina constitucional (STC 236/2007), por lo que en España sí tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita y a intérprete.

- Estén sujetos a medidas de retorno que constituyan sanciones penales o sean consecuencia de sanciones penales, con arreglo al Derecho nacional, o a procedimientos de extradición.

El carácter penal de estas situaciones remitiría a una regulación específica, y más restrictiva. En el Derecho español, estas situaciones específicas de conexión de las «sanciones de expulsión» –no propiamente las decisiones de retorno– con sanciones penales se prevén en el artículo 57.7 de la Ley de Extranjería.

Delimitado el ámbito de aplicación, una de las cuestiones conceptuales más relevantes es determinar qué se entiende por «retorno» que, como se ha visto, no puede identificarse con el llamado entre nosotros «rechazo en frontera» o «denegación de entrada», pero tampoco con la figura de la «expulsión». La definición comunitaria es, sin embargo, extremadamente confusa a mi juicio.

Así, define el «retorno» como *«el proceso de vuelta, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a su país de origen, o un país de tránsito con arre-*

<sup>18</sup> En estos casos tienen especial importancia las obligaciones de devolución de las compañías aéreas, si se ha entrado, naturalmente, por las fronteras de este tipo. El régimen comunitario en esta materia está traspuesto en nuestro Derecho, en la Ley de Extranjería y con la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

glo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, o a otro tercer país en el que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el que vaya a ser admitido». Por «Decisión de retorno» se entiende cualquier decisión administrativa, resolución judicial o acto por el que se declare ilegal la estancia de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno. Como puede verse, no solo admite el retorno judicial y el administrativo, sino incluso actuaciones fácticas, lo que no deja de ser problemático desde el punto de vista del principio de legalidad. Por «Expulsión» entiende «el acto de hacer cumplir la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del país».

De este modo, un concepto jurídico diverso al de retorno, termina convertido por arte de la regulación comunitaria en un concepto de estricto alcance fáctico, lo que es difícilmente comprensible, en especial ante la distinta naturaleza jurídica de esta figura en los ordenamientos jurídicos nacionales. No debe olvidarse que la expulsión se produce respecto de personas que ya han accedido y logran permanecer en nuestro país de forma irregular durante un tiempo, lo que implica que quedan sujetos a un procedimiento de expulsión, que tiene una naturaleza jurídica sancionadora clara. Sus regímenes jurídicos son, pues, diferentes, no obstante el proceso de relativización de sus regímenes jurídicos en orden a las garantías aplicables. En consecuencia, la Directiva de Retorno deberá significar para nuestro país que en toda «decisión de retorno» deben aplicarse las garantías típicas de los «procesos de expulsión»<sup>19</sup>.

La expulsión, cuyo régimen jurídico se contempla en los artículos 8 y 9 de la Directiva, puede ser tanto administrativa como judicial. Incluso, a diferencia de lo que se prevé en nuestra legislación, y de nuevo introduciendo una innecesaria inseguridad jurídica, se acepta que pueda ser adoptada por un «acto independiente» –art. 8.3–. En todo caso, las medidas coercitivas a emplear para garantizar el buen fin de la orden de expulsión están sujetas al principio de proporcionalidad.

Por eso, aunque se admite el «uso de la fuerza», no podrá ir más allá de «lo razonable», volviendo a insistir que su aplicación se hará en todo caso «de acuerdo con la legislación nacional, de conformidad con los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad...» del afectado.

Precisamente, en conexión con esta última observación, y por lo que respecta a la concreción del alcance concreto de la Directiva de Retorno respecto del Derecho ya existente, tanto comunitario, como internacional como de los Estados miembros, conviene poner de manifiesto que existe una *marcada voluntad por su parte de no alterar las normas más favorables que pudiesen existir previamente a su aprobación*. Inequívoco es el artículo 4, que consagra este criterio o el principio de norma más favorable. Así, la Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones más favorables del:

<sup>19</sup> En este asunto no debe perderse de vista que, en realidad, la base competencial comunitaria es el artículo 63.3 b) TCE, y ahí se habla solo de «repatriación» de las personas en situación irregular. Precisamente, para evitar conflictos de competencias, quizás la Directiva ha preferido este concepto puramente fáctico de expulsión, dando además un sentido eminentemente procedimental a su regulación. Pero esta opción no deja de plantear problemas, porque algunos Estados, los que crean que pueden sentirse más limitados por esta Directiva, pese a su condición de mínimos, podrían invocar la falta de competencia de la UE a efectos de «expulsión». Por todos, ESTEBAN DE LA ROSA, G. *L'externalisation de la politique d'immigration de l'Union Européenne* –Colloque des 27 et 28 mars 2008–. UFR DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES SOCIALES (GERCIE EA 2110)



- a) Derecho Convencional Internacional, esto es, fijado en los Acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados entre la Comunidad y/o los Estados y uno o varios terceros países –art. 4.1–.
- b) Acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo. También aquí la Directiva recoge la observación del ACNUR de introducir en la parte dispositiva u operativa de la norma, no solo en los Considerandos, el respeto a las normas ya existentes, en especial las relativas al asilo y refugio.
- c) Derecho de los Estados miembros, «a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva».

En refuerzo de esta regla cautelar para evitar un uso regresivo de la Directiva, lo que evidencia que sus propios autores son conscientes de los efectos limitadores que tiene esta normativa por responder a una transacción entre los que tienen una norma más favorable y quienes la tienen mucho más restrictiva, el Anexo que la acompaña ha recogido la declaración del Consejo Europeo conforme a la cual: la aplicación de la presente Directiva no ha de ser utilizada, en sí misma, como una razón para justificar la adopción de disposiciones menos favorables a las personas a las cuales se aplique.

En consecuencia, y pese a que el sector crítico radical suele marginar, o ignorar, esta parte de la regulación, entiendo que la Directiva de Retorno quizás no represente ningún avance significativo en las garantías, e incluso en ciertos aspectos mantenga una situación confusa y restrictiva, pero no creo que pueda ser «acusada justamente» de retrógrada, en la medida en que ni es peor que lo ya existente, pues los Estados tenían libertad reguladora –lo que no es, cierto, ningún «consuelo»–, ni pretende servir para modificar a la baja la legislación ya vigente en los Estados miembros y en el Derecho Internacional, que siempre debe servir como contexto interpretativo.

Finalmente, en el marco de las disposiciones finales, se recoge la obligación de los Estados miembros de Transposición, con un plazo relativamente corto, 2010 –art. 20–. No obstante, conviene insistir en que esta obligación lo es solo para el caso en que las legislaciones existentes fuesen menos favorables, o no respeten el núcleo básico de la regulación. Lo que, como se repite por activa y por pasiva por los Estados miembros con la conciencia de que gozan de una normativa más tutelar, no hace obligatoria su transposición en estos casos. También se fija la obligación de la Comisión de hacer el seguimiento aplicativo de esta Directiva, con obligación de Informar al Parlamento y al Consejo –art. 19–.

En suma, a la luz de esta regulación, y conforme al artículo 6, los Estados miembros tienen plena legitimidad para expedir una «decisión de retorno» a cualquier extranjero extracomunitario que se encuentre ilegalmente en su territorio. No obstante, se prevén ciertos supuestos que la norma llama «excepciones» pero que realmente no son tales, sino situaciones específicas:

- Que estos extranjeros tengan un permiso de residencia válido u otra autorización que les reconozca un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro. En este caso, se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de no cumplir este requerimiento, o fuese necesaria su salida rápida por motivos de seguridad nacional o de orden público, sí será procedente la decisión de retorno.

- Que otro Estado miembro se haga cargo de ellos en virtud de los Acuerdos bilaterales existentes en la fecha de entrada en vigor de la Directiva. En este caso, muy poco probable a mi juicio, será el Estado a cargo el que dictará la decisión.
- Que *se le conceda una autorización de residencia* autónoma o que otorgue un derecho a permanecer por motivos humanitarios o de otro tipo <sup>20</sup>.
- Que el extranjero en situación irregular –se entiende que de modo sobrevenido– inicie un procedimiento aún pendiente para la renovación del permiso de residencia o de estancia. En este caso, el Estado miembro debe atender «*la posibilidad –potestativo pues– de abstenerse*» de expedir una decisión de retorno hasta que finalice este procedimiento pendiente...» <sup>21</sup>.

A mi juicio, este último supuesto es el más problemático respecto de nuestro Derecho. La razón está en que, como es sabido, cuando está pendiente un proceso de renovación de cualquier documento que contiene una autorización o permiso, el TC considera, y nuestra legislación reconoce, que no es posible dictar resoluciones por parte de las autoridades gubernativas –ni judiciales– que supongan la salida forzosa de esta persona extranjera. De lo contrario, se estaría vulnerando la libertad circulatoria.

Fuera de estos supuestos, la Directiva no impedirá que los Estados miembros puedan adoptar una decisión destinada a poner fin a la estancia legal aneja a una decisión de retorno o de expulsión o a una prohibición de entrada. En estos casos establece dos requisitos o condiciones. La primera, que así lo disponga su Derecho interno. La segunda, que se respeten en todo caso las garantías procesales, sean las del Capítulo III de la Directiva sean otras del Derecho comunitario y nacional.

### 3.2.2. Las reglas más relevantes del régimen comunitario de retorno de los inmigrantes en situación irregular.

Presentada esta panorámica global del régimen de la Directiva de Retorno, es el momento de entrar a analizar con algún detalle las principales reglas del mismo, en especial de aquellas que más conflictivas se han revelado en la Opinión Pública y en el análisis crítico de la «comunidad científica». Recuérdese que la intensa movilización contra ella, promovida por las asociaciones pro-inmigrantes y fomentada por un buen número de organizaciones internacionales, parte de su comprensión como una clara regresión en la tutela de los derechos fundamentales de las personas inmigradas.

Los puntos más «calientes» de esta regulación son:

<sup>20</sup> En este caso, como es evidente, no se expedirá ninguna decisión de retorno, y de haberse ya expedido, se retirará o se suspenderá durante el período de validez del permiso de residencia o de estancia. La previsión es obvia, pues en estos casos ya no hay situación ilegal, por tanto realmente no le sería aplicable el régimen de retorno.

<sup>21</sup> El texto legal remite al apartado 5, pero se trata de una errata, pues no es realmente el apartado 5, sino el 6. El motivo del error está en que la redacción anterior del precepto sí remitía al apartado 5, pues era el último. La versión final contiene un apartado 6 y es a este al que debemos entender hecha la remisión.

a) La prórroga del internamiento por un máximo de 18 meses.

Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse **con eficacia** otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los extranjeros que sean objeto de procedimientos de retorno, **únicamente** a fin de preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión, especialmente cuando haya riesgo de fuga<sup>22</sup> o el nacional extracomunitario afectado evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión. Conforme a esta configuración, estrictamente instrumental y afectada a ese fin de la gestión eficaz de la expulsión del territorio de un Estado, *el internamiento es normativamente entendido como un período relativamente breve*. La Directiva habla expresamente de que será «*lo más corto posible y solo se mantendrá mientras se llevan a cabo las gestiones para la expulsión, las cuales se ejecutarán con la debida diligencia*» –art. 15.1–. Por eso, se requiere que cada Estado fije «*un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses*» –art. 15.5 Directiva–.

A la vista de esta regulación ¿por qué ha suscitado un debate tan agrio y las más aceradas críticas a la Directiva? Es evidente que no está en estas previsiones la crítica, sino en el apartado 6 del artículo 15, conforme al cual se admite la potestad de los Estados miembros de «*prorrogar el plazo previsto... por un período limitado no superior a 12 meses más...*». Si a estos 12 sumamos los 6 previstos como regla general nos sale, en efecto, nada menos que 18 meses de internamiento. Es esta la medida más conocida y también la que se plantea más polémica. Paradójicamente, los autores de Directiva centran en ella también su defensa.

En principio, cabe encontrar una explicación razonable a este fuerte contraste de lecturas del enunciado legal, porque el *texto*, en efecto, es el mismo para todos, pero no el *contexto*, que es determinante para identificar la norma o regla, que no puede confundirse con el simple enunciado. Así, para los que sostienen «a capa y espada» que estamos ante una norma de garantías, el punto de partida se sitúa en los «antecedentes» legislativos de un buen número de países miembros de la UE, en los que domina un enfoque des-regulador y, por tanto, asentado en el principio de pura eficacia administrativa y en el carácter secundario del derecho de las personas.

En efecto, a día de hoy, existen múltiples Estados miembros que, como Reino Unido e Irlanda, Suecia y Finlandia, Grecia, Dinamarca y Países Bajos, Malta, Estonia... no cuentan en sus legislaciones con límite alguno para este internamiento. En estos casos, la retención podría ser indefinida. La Directiva debe suponer para estos, pues, un límite temporal, con lo que mejoraría la situación precedente.

En cambio, el sector crítico radical pone de relieve que mal puede defenderse esta regla limitadora como un logro social cuando el tiempo máximo de retención es tan prolongado. La valoración, pues, debe seguir siendo negativa, en cuanto que una previsión de este tipo quebraría las más elementales exigencias del derecho a una protección eficaz de la libertad de estas personas.

<sup>22</sup> Por «riesgo de fuga» entiende la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos en el Derecho, y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse –art. 3 g)–.

La posición favorable a esta regulación se defiende de esta crítica no solo de indecencia –plano ético– sino de ilegalidad internacional por lesionar derechos humanos –plano normativo– con dos argumentos. El primero es más bien de política del derecho, conforme al cual se sostiene, que este tipo de normas no incide en el modo de proceder de quienes ya cuentan con períodos más cortos, de modo que esta regulación no afectará a quienes tienen un régimen más favorable sino a quien tiene otro peyorativo. En principio, y sin perjuicio de lo que en breve comentaré, esto es cierto porque ya hemos visto la cláusula prohibitiva de un uso regresivo de la Directiva.

El segundo argumento defensivo es más técnico-jurídico. Y es que, conforme al tenor literal de la regulación, la interpretación de la Directiva no puede ser la de entender que el período a establecer en todo caso es el de 18 meses, sin más. Como hemos visto, el período previsto con carácter general es más limitado –seis meses–, y, además, este plazo no puede ser genérico, igual para todos los inmigrantes, sino que ha de adaptarse a las circunstancias concurrentes, siempre atendiendo a la finalidad del internamiento, que no es más que facilitar el proceso de retorno.

Más aún. La prórroga no se concibe estrictamente como una facultad discrecional del Estado miembro, sino que es más bien una decisión causal, esto es, la autoridad gubernativa del Estado miembro que adopte la medida de internamiento tiene la carga de acreditar que concurren ciertos datos objetivos, solo a partir de los cuales es posible esa prórroga que no es ni puede ser indiscriminada. Por eso, el enunciado elegido es negativo, evidenciando una concepción restrictiva de la facultad de prórroga. Así, se dice textualmente que *«solo podrán prorrogar el plazo... en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará: debido a la falta de cooperación del nacional de un tercer país afectado o por demoras en la obtención de la documentación necesaria que deban expedir terceros países»* –art. 15.6–.

Asimismo, y este es un aspecto crucial, esta prórroga quedará siempre bajo supervisión judicial cuando haya sido dictada por una autoridad administrativa. A tenor del artículo 15.3 de la Directiva se dice que en caso de *«plazos de internamiento prolongado, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de una autoridad judicial»*. Como es obvio, también bajo este control judicial estará la prórroga, máxime teniendo en cuenta su carácter condicionado o causal.

Cierto, la Directiva de Retorno no fija un plazo máximo para que se produzca este control –procedimiento de hábeas corpus–. Prefiere una vez más recurrir a un concepto jurídico indeterminado, frente a una norma concreta. Así, establece que esta puesta a disposición judicial deberá ser en un plazo «rápido» –art. 15.2, párrafo 3.º–. Pero ¿qué es rápido a estos efectos?

La norma española es clara al respecto. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de 72 horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno, estando durante todo este tiempo «a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a esta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados» –art. 60–. Es evidente, pues, que la normativa española genera más certeza y, por tanto, se muestra más tutelar también en este punto. En consecuencia, este régimen, que hay que reconocer ha quedado bastante alambicado, para dejar margen suficiente a los distintos Estados miembros, no será de aplicación en nuestro país, cuyo marco es mucho más preciso.

En suma, una lectura detenida del texto de la Directiva en este punto a la luz del contexto de norma y principios que deben orientar su aplicación, por los Estados de la UE, revela que cualquier legislación interna que estableciese como plazo general los 18 meses sería claramente contraria al Derecho Comunitario. La comprensión más correcta de la Directiva debe llevar a fijar el período de internamiento como el mínimo posible, pudiéndose prolongar hasta un máximo de seis meses. La prórroga hasta los 18 meses debe entenderse como excepcional y, en todo caso, solo puede aplicarse de un modo individualizado, quedando sujeta al permanente control judicial.

b) Legalidad del internamiento en centros penitenciarios, si no se disponen de centros especializados de internamiento.

Pero las críticas a este aspecto de la regulación comunitaria no se agotan en el plazo de duración del internamiento, pese a ser lo más conocido en la Opinión Pública. También el aspecto relativo a las «condiciones de internamiento» ha generado honda preocupación en los sectores más implicados en estos temas. Conviene tener en cuenta que organizaciones de tanto prestigio en este ámbito como el ACNUR –Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas– vienen evidenciando su preocupación por las inadecuadas condiciones de internamiento o detención pre-retorno que se ha observado en muchos Estados miembros, en particular para las familias y los niños.

Pues bien, en este contexto, de nuevo la Directiva, como claro reflejo de su naturaleza transaccional, por tanto ambivalente por definición, se encarga de introducir dos regímenes diferentes, y a veces opuestos, en una misma regulación. Así, por un lado, «como norma general», afirma con rotundidad que habrá de llevarse a cabo el internamiento en «Centros Especializados» –art. 16.1–. Pero de inmediato se encarga de hacer una concesión al más absoluto realismo, abriendo la posibilidad a los Estados de desconocer esta regla general para legalizar el que se pueda recurrir al internamiento en «centros penitenciarios», esto es, en centros dedicados a recluir a personas delincuentes.

Cierto, la Directiva vuelve a poner condiciones a esta posibilidad. Una causal, y es que debe acreditar la Administración que en el caso concreto no puede ofrecer el debido alojamiento en un centro de internamiento especializado. Otra modal, y es que, en todo caso, los inmigrantes en situación irregular no podrían estar mezclados o junto a los reclusos, pues deben estar «separados de los presos ordinarios» –art. 16.1–.

El enunciado empleado no puede ser más desafortunado tanto en el plano de la política jurídica como de la técnica. Primero, porque si las instituciones comunitarias quieren de verdad evitar, como deben, la imagen extendida del inmigrante como delincuente, idea avanzada y practicada odiosamente en diferentes e importantes Estados miembros –el último ejemplo es la Italia de Berlusconi, pero lo fue ya Austria, o la Francia de Sarkozy–, no se puede elegir peor modo que aceptar su internamiento en cárceles. Segundo, porque si se pretende garantizar un trato diferente al dado a los «presos», usar el calificativo «ordinarios» para hacer la distinción respecto de los «inmigrantes internados» tampoco es correcto, porque da a entender que los inmigrantes internados son «presos especiales», que es el adjetivo diferenciado del concepto de «preso ordinario».

La Directiva, en cambio, tiene más cuidado a la hora de mejorar la información y, sobre todo, la comunicación de estas personas. Así, frente a la práctica actual en diversos Estados que no autorizan el acceso de las ONG, la Directiva garantiza el acceso –art. 16.4–, tal y como recomendó el ACNUR.

Tampoco asegura, como debería, la Directiva el que en estos Centros de Internamiento los inmigrantes tengan reconocidos no solo derechos fundamentales de libertad, salvo la de movimientos, sino también derechos fundamentales de prestación –por ejemplo, servicios sanitarios, educativos, sociales, culturales...–. La Directiva solo garantiza la dispensa de «*atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades*», lo que es una exigencia de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la salud. Más atención parece prestar, si bien de modo genérico, por tanto poco efectivo, a la «situación de las personas vulnerables» –art. 16.3–.

El problema de desprotección, incluso de trato indigno, puede ser todavía mayor de apreciar en un Estado miembro en que concurre una situación de emergencia<sup>23</sup>, conforme al artículo 18 –esta norma sustituye la regulación prevista en los arts. 23 y 24 del Convenio de Schengen–, en cuyo caso se le autoriza no ya solo a ampliar los periodos de control judicial, como se ha indicado, sino a «tomar medidas urgentes» sobre las condiciones de internamiento, sea con carácter general sea incluso en relación a menores y familias.

Pese a que respecto de estos aspectos la Opinión Pública ha guardado, por lo general silencio, entiendo que resulta de los más criticables de la Directiva. Desde luego no resiste una mínima comparación con la normativa española. Por un lado, el artículo 60.3 de la «Ley de Extranjería» es claro cuando afirma con rotundidad que «los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario». Por otro, esta norma legal interna garantiza al mismo tiempo que «estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio».

No obstante, pese a la contundencia de esta regulación, de todos es conocido que uno de los aspectos más criticados de la política de inmigración española es la negativa situación que, con frecuencia, sufren quienes son internados en estos Centros –CIES–. Aunque el seguimiento de estos Centros que ha llevado a cabo el Defensor del Pueblo evidencia que no es posible generalizar la valoración, siendo positiva respecto de varios de ellos, sí deja bien a las claras que otro muy significativo número de CIES no reúnen las condiciones exigidas por la norma. La práctica pone de manifiesto, pues, que una cosa es la previsión normativa y otra muy distinta la realidad aplicativa.

Pues bien, si ponemos en relación la normativa comunitaria con la práctica que se ha constatado en España, que seguro no es peor ni mucho menos que la resultante en la inmensa mayoría de los Estados miembros, el balance que arroja la Directiva en este punto sí es muy preocupante. Porque, si con una norma más tuitiva, como es la española, la referida práctica evidencia importantes incumplimientos, no quiero ni pensar qué será con una norma, como la comunitaria, que reconoce

<sup>23</sup> El supuesto es concretado por la norma como aquellos casos en los que «un número excepcionalmente importante de nacionales de terceros países que deban ser repatriados plantea una importante carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro o para su personal administrativo o judicial».

garantías más débiles y para un reducido número de condiciones de vida en esa situación. Para mi sorpresa, pocos son los críticos radicales que reparan en este apartado cuando, a mi juicio, junto con el que comentaré de inmediato, es de lo más criticable que contiene la Directiva, por su debilidad protectora y por su incertidumbre extrema.

c) La prohibición de entrada por un período máximo de cinco años, con carácter general.

La Directiva incorpora también la prohibición a las personas expulsadas de regreso al país de «destino» –art. 11–. Por «Prohibición de entrada» entiende la Directiva cualquier decisión administrativa, resolución judicial o acto por el que se prohíba la entrada y la permanencia en el territorio de los Estados miembros por un período de tiempo determinado, adjunta a una decisión de retorno –art. 3 f)–. Las decisiones de retorno, pues, se acompañarán de modo necesario de una prohibición de entrada, siempre y cuando no se haya concedido ningún plazo para la salida voluntaria o la obligación de retorno no se cumpla. En otros casos, la incorporación de una prohibición de entrada al retorno es solo potestativo para los Estados miembros.

La duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto. Por lo tanto, el tiempo es, en principio, *variable*, si bien se fija un plazo máximo de cinco años, como regla general. Este período solo podrá ser ampliado «*si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional*» –art. 11.2–.

Esta medida legal ha sido fuertemente criticada. La razón se encuentra en que se comprende esta «sanción adicional» para el inmigrante irregular como un ejemplo más de la «criminalización» de los flujos migratorios y como reflejo de un enfoque excluyente de la regulación comunitaria. Precisamente, se confirmaría esta función de sanción al comprobar cómo, si se acogen al «retorno voluntario»<sup>24</sup>, esto es, si aceptan de buen grado abandonar el país en el que se encuentran y volver al de origen por su propia decisión y dentro del plazo máximo de un mes. Es una medida de incentivo del retorno voluntario, que reduce los riesgos y costes de gestión de estos procesos...

Sin embargo, y en relación con el ordenamiento nacional, conviene precisar que esa crítica, de ser justa, debería extenderse también a nuestra legislación. Y es que, conforme al artículo 58.1 de la Ley de Extranjería, «*toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez*». Como puede comprobarse, el período máximo de duración es muy superior al que prevé la normativa comunitaria.

Es cierto que, como se advirtió, no es comparable en sentido estricto la ley nacional con la ley comunitaria, porque la norma española habla de procesos de expulsión. Para los procesos de devo-

<sup>24</sup> Tampoco estarán sujetos a una prohibición de entrada las víctimas de la trata de seres humanos a quienes se ha concedido ya un permiso de residencia, o quienes hayan sido objeto de una ayuda a la inmigración ilegal, en el sentido de la Directiva 2004/81/CE, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11.1, párrafo primero y a condición de que el nacional de un tercer país de que se trate no represente una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional (art. 11.3).



lución –retorno en sentido estricto–, la prohibición de entrada en territorio español será por «un plazo máximo de tres años» –art. 58.6 *in fine*–. Por lo tanto, desde esta perspectiva, es evidente que sí existe una adecuación de la norma española a la norma comunitaria.

En todo caso, los Estados miembros tienen reconocida la posibilidad de excluir esta sanción en ciertos casos. Así, de modo potestativo, se podrá retirar o suspender esta prohibición si concurren motivos humanitarios, o para cierto tipo de situaciones que lo aconsejen. Es evidente que aquí sí está reconociendo la Directiva una potestad discrecional –art. 11.3, párrafos 3.º y 4.º–. Asimismo, se condiciona la aplicación de toda esta regulación comunitaria a los imperativos derivados del «derecho a protección internacional», tal como lo define el artículo 2, letra a) de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril <sup>25</sup>. Esta norma comunitaria es la que establece el conjunto de normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Esta previsión también recoge una observación o recomendación del ACNUR.

#### d) Aplicación de la Directiva a los menores no acompañados.

Aunque se conoce bastante menos en el ámbito mediático, en los foros de cierta especialización en la materia, puede decirse que lo que ha causado más indignación, superior incluso que la referida regla del internamiento prolongado, es la posibilidad prevista en la Directiva de ser *aplicada a los menores sin acompañar*. El sector más radicalmente crítico con la Directiva ha evidenciado que de este modo la norma comunitaria infringiría claramente la normativa internacional, en especial el Convenio sobre los Derechos del Niño, privándole de la tutela especial prevista en él.

Por las razones que de inmediato expondré, el juicio ha de ser necesariamente crítico con esta regulación que, en efecto, no resulta suficientemente protectora de los derechos e intereses de los menores, en especial de los no acompañados –MENAS–. Ahora bien, una vez más, creo que la valoración ha de ponderarse atendiendo a la regulación realmente introducida o promovida y no tanto o no solo a la imagen ideologizada dada por el sector crítico radical. Y ello al menos por dos motivos. Por un lado, porque la normativa internacional reguladora de la protección del menor aparece como el principal condicionante de todo el régimen comunitario, por lo que de modo expreso se remite a ella, a sus normas y principios, para interpretar los textos de la Directiva, esto es, para encontrar o hallar la norma aplicable en cada caso. Por otro, porque, como también se esbozará, realmente la normativa de la mayor parte de los Estados miembros no es tan disímil, como ilustra la española,

<sup>25</sup> Hace referencia al estatuto de refugiado –nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él– y al estatuto de protección subsidiaria –el reconocimiento por un Estado miembro de un nacional de un tercer país o de un apátrida como persona con derecho a protección subsidiaria; nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplican los apartados 1 y 2 del artículo 17, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país–.

especialmente tuitiva, de la que se introduce en la Directiva. Otra cosa bien diferente es, como también se ha indicado ya, que en la práctica asistimos a una profunda diferencia entre lo que está legislado –la repatriación del MENA como regla general, siempre que se garantice una tutela adecuada en el país de origen– y lo que se practica –internamiento en centros especializados de atención a menores, con reducida o nula labor de repatriación–.

En cualquier caso, es evidente que la regla correcta de tratamiento de la situación de los MENAS, es considerar como *vía normal no la de su internamiento sino la de su acogida en centros de protección social*. La Directiva no es ajena a este planteamiento de política jurídica. Primero porque, aunque es cierto que el artículo 10 presupone la legitimidad de expedir una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, la estructura de la norma es la de establecer un régimen de garantías especiales en estos casos. Así, de un lado, se exige como requisito previo, por tanto como presupuesto de legitimidad, el que se haya reconocido la intervención de un servicio adecuado distinto de las autoridades que hacen cumplir el retorno. En nuestro caso se trata de los servicios sociales de atención al menor. De otro, todo el proceso estará inspirado por el respeto al «*interés superior del niño*» –art. 10.1 *in fine*–. Finalmente, se exige que antes de ordenar la expulsión del territorio, las autoridades del Estado miembro «deberán haber obtenido la garantía de que dicha persona será entregada a un miembro de la familia, a un tutor previamente designado o a unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno» –art. 10.2–.

Segundo, porque su internamiento *no es la regla, sino la excepción*: «*Los menores no acompañados y las familias con menores solo serán internados como último recurso y... por el menor tiempo posible*» –art. 17.1–. El Convenio sobre los Derechos del Niño también permite la puesta en custodia de un niño no acusado –o no condenado– por un delito, pero solo como una situación excepcional.

Tercero, porque, a diferencia de lo que sucede con el citado régimen general de internamiento, la Directiva sí se acuerda de garantizar un mínimo espacio para el trato digno, en particular del derecho a la «*intimidad*» y también de atención social a las familias. Así, por un lado, y recogiendo nuevamente el criterio del ACNUR, se exige que a las familias internadas en espera de expulsión se les facilite «*alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad*» –art. 17.2–. Por otro, los menores acompañados deben poder «*participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación*» –art. 17.3–.

Desde esta perspectiva, la Directiva de Retorno obliga a los Estados miembros a facilitar a los menores no acompañados –MENAS– un «*alojamiento institucional*» que cuente «*con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad*» –art. 17.4–. Por tanto, una interpretación sistemática del artículo 16, que exige que el internamiento sea en Centros Especializados, y el artículo 17.4, que exige que esa «*especialización*» sea adecuada al colectivo que va a alojar –repárese que utiliza este concepto con mayor frecuencia que el de internamiento propiamente–, debe llevar a concluir que el «*internamiento de menores*», especialmente de un MENA, debe ser en Centros de Menores, a considerar más como un servicio social que como una estructura disciplinaria. El que el propio precepto haga una concesión al realismo en esta materia, y condicione esta regla a la «*medida de lo posible*», no desacredita esta lectura, a mi juicio, porque tan solo significa que la extensión del derecho

estará en función de los recursos disponibles, pero que el derecho existe. Lo que, por otro lado, sabemos que sucede en la realidad, y si no ahí está la más rabiosa actualidad de nuestro país para demostrarlo.

En todo caso, y como cláusula de cierre de todo el régimen regulador, la Directiva vuelve a someter toda la situación de internamiento al «interés superior del menor». Este concepto jurídico indeterminado, que actúa como auténtico principio jurídico, «deberá ser una consideración de primer orden» igualmente en los casos de «internamiento de los menores en espera de expulsión».

No obstante, y si bien entiendo con toda honestidad que el régimen jurídico fijado por la Directiva es el argumentado, es evidente, como anticipé, que la Directiva se muestra demasiado timorata y ambigua en esta regulación, cuando por tratarse de un grupo de especial vulnerabilidad, debía haber recogido de forma más clara la tutela efectiva del menor por parte del Estado de destino. Este régimen protector, en una comunidad de sociedades civilizadas, como la europea, es el único posible como imperativo de sus derechos como menor. Esto significa que no es aceptable que se pueda devolver a un menor a un país que no sea el propio, el de origen.

Sin duda esta materia es de gran relevancia en España, pues a día de hoy cuenta con un elevado número de menores en sus centros de tutela, evidenciándose la insuficiencia de los medios disponibles para hacerles frente. De ahí que asistamos a espectáculos tan «dantescos» como el llamado, casi desesperado, de los Ministros de Trabajo a las comunidades autónomas para buscar –comprar– su «cooperación»...<sup>26</sup>. Al margen de que este proceder evidencia que algo no funciona bien, en especial el principio de solidaridad, en el Estado Social Autonomático de Derecho, conviene reparar en que también se abre la vía para una práctica administrativa menos garante. A este respecto, aunque hay autores que consideran inmune a España frente a esta tentación, conviene precisar que nuestra ley –arts. 35 y 62.3 de la Ley de Extranjería–, con ser más tuitiva, no se aleja tanto en su modelo regulador, otra cosa es en su práctica, de la comunitaria que ahora se introduce.

Desde esta perspectiva comparada, aunque haré algún comentario mayor en el apartado dedicado a sintetizar el impacto de la Directiva en nuestra regulación, resulta oportuno recordar que la legislación española parte, por un lado, de que *la repatriación del MENA debería ser la regla general*, siempre que se tenga las debidas garantías. El principio que subyace, absolutamente coherente con el Derecho Social de Familia, es que el mejor lugar para un menor es con su familia. El artículo 35.3 de nuestra Ley de Extranjería es inequívoca: «La Administración del Estado, **conforme al principio de reagrupación familiar del menor** y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España».

Por otro, también se contempla el internamiento de menores acompañados. Así, el artículo 62.3 de la Ley española autoriza «*su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando tam-*

<sup>26</sup> Durante una comparecencia en la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso de los Diputados, el actual Ministro del ramo, Celestino Corbacho, explicó que ha pedido por carta a las comunidades autónomas que acojan a inmigrantes menores arribados en patera hasta Canarias, autonomía que «tiene un problema, en el que todas las administraciones se tienen que implicar, con el número de menores» que ha recibido. Por eso, ha solicitado «a todos y cada uno de los consejeros de las comunidades autónomas, expresamente y por escrito, su colaboración, compromiso y solidaridad para hacer frente a la atención de esos menores».

*bién lo estén sus padres o tutores, lo soliciten estos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar»*, según una formulación que recuerda mucho la del artículo 17.2 de la Directiva. Ciertamente, en el caso español esta decisión está rodeada de importantes garantías institucionales: la intervención de los servicios competentes de protección de menores en todo momento y la toma de decisión por el Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal. Pero, como también se indicó, aunque mucho más –demasiado– diluidas, aparecen citadas en la Directiva, que contemplan la intervención de otras autoridades distintas.

e) La eventual reducción del catálogo de garantías procesales a favor de los inmigrantes en situación irregular.

Otro ámbito especialmente problemático de la «Directiva de Retorno» se hace residir en el conjunto de garantías procesales, a las que la norma comunitaria dedica especial atención, pero que es considerada por el radicalismo crítico no ya solo como insuficiente, sino incluso, una vez más, como regresivo. Paradójicamente, para sus autores este aspecto de las garantías procesales sería uno en los que la norma avanzaría sustancialmente respecto de la situación más común en las leyes de los respectivos países integrantes de la UE y ofrecería un nivel de protección análogo al que se reconoce en el Derecho Comunitario y en el Derecho Internacional tanto en los casos de denegación de entrada como de protección internacional de refugiados. Para ver quién se aproxima más al contenido textual –enunciado legal– y normativo –regla derivada del proceso interpretativo o de comprensión hermenéutica– haré una breve exposición de los derechos reconocidos.

En esta dirección, las garantías básicas previstas en la Directiva son:

- *El deber de formular por escrito, y de forma motivada, las decisiones de retorno, que deberán, además, incluir información suficiente sobre las vías de recurso disponibles* –art. 12.1–<sup>27</sup>.
- *El derecho a una traducción escrita u oral de los principales elementos de la decisión, en una lengua que el extracomunitario «comprenda o que pueda suponerse razonablemente que comprende»* –art. 12.2 Directiva–.

El reconocimiento de este derecho, que sin duda eleva el coste del proceso, es clave para la efectividad de la tutela, de ahí que haya de valorarse positivamente, como hizo el propio ACNUR. Ahora bien, el último inciso sí merece una severa crítica, en la medida en que introducir una «presunción de comprensión» deja un excesivo margen de discrecionalidad para la aplicación de esta garantía. Más criticable resulta la posibilidad de los Estados miembros de optar por excluir esta garantía a quienes hayan entrado ilegalmente en él y no hayan obtenido autorización o derecho para permanecer en él. En estos casos, la notificación se efectuará por medio de un formulario normalizado según disponga la legislación nacional.

<sup>27</sup> Sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que los Estados puedan prever algunas limitaciones a la información sobre los fundamentos de hecho, si concurren razones acreditadas de seguridad pública, así como imperativos de lucha eficaz contra la delincuencia –prevención, investigación, internamiento y juicio de los delincuentes–.

En estos supuestos, el deber de los Estados se reduce a facilitar «*folletos informativos generales*». En ellos se deberá explicar los principales elementos del formulario normalizado, eso sí, en al menos cinco de las lenguas que con mayor frecuencia utilicen o comprendan los inmigrantes ilegales que llegan al Estado miembro de que se trate.

- *El reconocimiento del derecho a interponer recursos contra la decisión de retorno, así como a la asistencia jurídica gratuita –art. 13–.*

Los recursos no serán solo judiciales, en la medida en que la garantía se dirige a la efectividad del derecho a recurrir contra las decisiones de retorno, admitiéndose que pueda ser «ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia». Se reconoce la posibilidad de que ese recurso tenga efecto suspensivo, lo que resulta de gran importancia para evitar que se pueda frustrar el eventual fallo favorable del recurso –art. 13.2–. La legislación y práctica forense nacionales ponen de relieve la centralidad de este tipo de tutelas para los derechos de este colectivo de inmigrantes.

La utilidad de este derecho, dada la complejidad de la materia, pasa no solo por el reconocimiento del derecho a tener «*representación, asesoramiento jurídico y, en su caso, asistencia lingüística*» –derecho a traductor o intérprete–, según recoge, si bien de modo «potestativo» –«podrán tener...»–, sino por la garantía estatal de acceso a los mismos de modo gratuito –derecho de asistencia jurídica gratuita–. De ahí que la norma comunitaria contemple el deber de los Estados miembros de «velar» por que se conceda gratuitamente, previa solicitud eso sí, esa asistencia jurídica, remitiendo a la legislación nacional. A tal fin, los Estados miembros podrán equiparar el tratamiento a estos inmigrantes extranjeros extracomunitarios al dado para la concesión o retirada de la condición de refugiado (art. 15, apartados 3 y 6, de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado).

- *Reconocimiento de un catálogo de garantías durante la situación de «a la espera del retorno», bien durante el plazo de salida voluntaria bien durante el período de aplazamiento de la expulsión –art. 14–.*

En estos casos, además de la garantía de confirmación escrita de su situación, el precepto exige a los Estados miembros «velar» por que se respeten ciertos principios de trato digno –mantenimiento de la unidad familiar con los miembros presentes en su territorio, atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades, acceso a los menores al sistema de enseñanza básica, atención a las necesidades especiales de las personas más vulnerables–.

A mi juicio, una vez más entiendo que una lectura detenida del texto normativo no nos permite estar satisfechos respecto de la calidad protectora de la norma, pero en modo alguno puede justificar la descalificación como norma aberrante, regresiva o «criminalizadora». El conjunto de garantías reconocidas, que no se olvide remite en gran medida para su concreción a las legislaciones nacionales, resulta asimilable, como expresa de forma inequívoca el texto, a la ofrecida por el Derecho Internacional. Ciertamente, lo peor de la norma, a mi juicio, no es que no reconozca garantías, sino que el enunciado elegido para formalizarlas no expresa un compromiso lo suficientemente eficaz por

parte de los Estados, por cuanto no solo ha rehuído de utilizar un enunciado más protector, como por ejemplo «garantizará», optando por otro más diluido —«velarán»—, sino que condiciona la eficacia del régimen jurídico, en un exceso quizás de realismo o pragmatismo, a situaciones prácticas, resumidas en la cláusula: «*en la medida de lo posible*».

Ahora bien, no quiere ser indiferente la Directiva a este problema. Recuérdese que este tema fue objeto de especial polémica ante el rechazo de muchos países de afrontar los costes que generará asumir esta regulación comunitaria. Precisamente, la conciencia sobre el aumento de estos costes del proceso que tendrá el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en tales situaciones por parte de los países que no lo reconocían antes, y, cómo no, el intento de favorecer el Sí de estos Estados inicialmente contrarios al reconocimiento del derecho, ha significado el desbloqueo de los Fondos de Retorno de inmigrantes para financiación de asistencia jurídica.

En este sentido, conforme al punto 3 de la Declaración Anexa, la Comisión se compromete a ayudar a los Estados miembros *a buscar maneras de atenuar la carga financiera* resultante de la aplicación del artículo 13.4 de la Directiva, relativo a la asistencia jurídica gratuita. Se concreta así el «espíritu de solidaridad» al que llama la Directiva. La cofinanciación será asumida por el *Fondo Europeo para el Retorno*. A estos efectos, la Decisión 2008/458/CE de la Comisión, de 5 de marzo, ha fijado las normas por las que se da aplicación a la Decisión 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece tal Fondo para el período 2008-2013. Como ya se comentó, este instrumento forma parte del llamado Programa General «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios», relativo a los sistemas de gestión y de control de los Estados miembros, las normas sobre la gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo —DOUE L 167, de 27 de junio—. El Fondo cuenta con casi 676 millones de euros.

Pues bien, las acciones relacionadas con el objetivo específico del «fomento de una aplicación eficaz y uniforme de normas comunes sobre el retorno» [art. 3.c)] podrán incluir un apoyo al «refuerzo de la capacidad de las autoridades competentes para adoptar lo más rápidamente posible decisiones de retorno realizadas de forma adecuada» [art. 4.3.a)]. Se reconoce que la presencia de garantías jurídicas apropiadas, incluido el principio de igualdad de condiciones, refuerza el potencial de decisiones de «alta calidad». Asimismo, de conformidad con la prioridad 4 de las orientaciones estratégicas para el Fondo para el Retorno (Decisión 2007/837/CE), la contribución comunitaria podrá incrementarse hasta el 75% para acciones que garanticen una «aplicación justa y eficaz de las normas comunes» sobre retorno en los Estados miembros.

En definitiva, las medidas relacionadas con lo dispuesto en el artículo 13.4 (justicia gratuita) podrán ser cofinanciadas hasta el 75% con arreglo a ese Fondo Europeo. La Comisión alienta o invita a los Estados miembros a tener en cuenta este dato cuando decidan las prioridades para sus programas nacionales y cuando programen acciones con arreglo a la referida prioridad 4. La nueva fase de comunitarización de la política de retorno, a través de una regulación sustantiva y, sobre todo, procedimental, que intenta la Directiva de Retorno va acompañada, pues, de compromisos financieros, lo que le da cierta credibilidad, quizás la única, al propósito de intentar incidir de un modo más positivo en la gestión gubernativa de estas políticas.



Para España, cuya doctrina constitucional ha reconocido con generosidad el derecho de asistencia jurídica gratuita en estas situaciones –art. 22 Ley de Extranjería–, la norma comunitaria no supone ningún cambio, como recuerdan una y otra vez los responsables políticos de nuestro país.

f) La preferencia por el retorno voluntario no sería más que una operación de maquillado de una norma coercitiva.

Finalmente, y aunque con menor énfasis, también ha sido objeto de descalificación desde los sectores de crítica política radical de la Directiva la pretendida promoción de la modalidad de salida «voluntaria», por entender que además de ineficaz resulta casi otro sarcasmo en este ámbito, dado el carácter residual que en la práctica tiene esta vía que, de darse, resultaría más favorable para el inmigrante extracomunitario. Para los autores de la Directiva, en cambio, este sería el camino a seguir, de ahí que haya de fomentarse el retorno voluntario, tanto con medidas institucionales como jurídicas y financieras –Considerando 10–.

Por ello, como sucede en otros ámbitos jurídicos, frente a la ejecución «forzosa» –o por vía de apremio–, la vía de cumplimiento voluntario pretende rodearse de un régimen jurídico más benévolo, si bien, a cambio, se hace más perentorio el proceso. En este sentido, un aspecto clave de este régimen de salida voluntaria es el plazo que ha de concederse para llevarla a cabo. Así, se prevé que la decisión de retorno fije un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre 7 y 30 días, para la salida voluntaria. Esta duración, que como se ve vuelve a quedar abierta a la espera de la concreción en cada caso –*individualización de la decisión de retorno*–, conocería al menos dos grupos de excepciones.

Por un lado, el *riesgo de fuga*<sup>28</sup>, o la desestimación de una solicitud de residencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta, o la creación de un riesgo para la seguridad pública. En estos casos, el Estado podrá optar por no conceder plazo alguno para la salida voluntaria o fijar un plazo perentorio, esto es, inferior a 7 días –art. 7.4 Directiva–. Por otro lado, que puedan existir determinadas circunstancias individuales de carácter personal, familiar –como la presencia de niños escolarizados, arraigo...– o social que aconseje un plazo más amplio –de duración prudencial habla el art. 7.2–<sup>29</sup>.

Otra ventaja de este régimen es que de cumplirse con el plazo de la salida voluntaria no cabrá establecer una prohibición de entrada, salvo que los Estados pudieran disponer otra cosa –art. 11.1, párrafo segundo–. Ninguna referencia hay de modo específico en la parte dispositiva de la norma comunitaria, a diferencia de lo que sucede respecto del coste de la asistencia jurídica gratuita, al fomento de esta vía mediante la financiación disponible a través del Fondo Europeo de Retorno –FER–, por lo que

<sup>28</sup> En todo caso, durante el período de salida voluntaria podrán imponerse ciertas obligaciones para evitar el riesgo de fuga –ejemplo: presentarse periódicamente a las autoridades, depósito de una fianza adecuada, la retención de documentos, la obligación de permanencia en un lugar determinado...–.

<sup>29</sup> Los Estados miembros podrán disponer en su Derecho interno que este plazo se conceda únicamente a petición del nacional de un tercer país interesado. En tal caso, los Estados miembros informarán a los nacionales de terceros países afectados de la posibilidad de presentar una solicitud en este sentido. El plazo concedido no excluye la posibilidad para los nacionales de terceros países de que se trate de abandonar el territorio antes de que concluya el mismo.

solo es mencionado, como se ha dicho, en la Exposición de Motivos –Considerando 10–. No obstante, sí que tiene una especial presencia en los diferentes instrumentos que han venido dando una mínima ordenación comunitaria a este tema, así como en los que concretan la actuación del FER, que considera «el retorno voluntario» como parte esencial «de un enfoque equilibrado, efectivo y sostenible del retorno»<sup>30</sup>. De ahí que se fomente la *salida voluntaria asistida para un retorno sostenible*.

### 3.3. Un intento de valoración jurídico-crítica ponderada: la Directiva parece «deshonesta», pero guarda un fondo de mínima honestidad.

Hasta aquí el intento de exponer, con un enfoque jurídico, las claves del régimen jurídico comunitario sobre la ordenación normativa y de procedimiento del retorno de inmigrantes, como pieza clave de la política de lucha contra la inmigración ilegal. Creo que he ofrecido un cuadro suficientemente amplio como para poder alcanzar, sobre bases jurídicamente informadas, una valoración propia del sentido y alcance de la misma. Como no podía ser de otro modo, la mirada no puede ser sino crítica, por cuanto la regulación no es un dechado de virtudes, ni en el plano de la técnica jurídica, más bien adolece de exceso de confusión conceptual y elevada incertidumbre, ni en el plano de la política del derecho, por cuanto se conforma con un estándar de mínimos respecto de las garantías ofrecidas a este colectivo de personas inmigrantes, de por sí especialmente vulnerables, si bien algunos grupos –los menores– más que otros. Ahora bien, una cosa es que la valoración jurídica desde un modelo regulador basado en las razones de la persona –modelo de garantías– arroje un balance negativo, o al menos desequilibrado, para una sociedad evolucionada y solidaria como la europea, y otra muy diferente es que, desde el análisis puramente político y sin ofrecer los datos reales de los textos, contextos y comprensiones normativas de la Directiva, sea blanco de las más feroces descalificaciones.

Ni que decir tiene que ningún reparo tengo, desde un punto de vista personal, a este tipo de análisis que, situados en su plano, el de la crítica política, cuentan con la más absoluta legitimación. Situados incluso en esa perspectiva podría hasta llegar a compartir ciertos planteamientos, en especial desde la concepción maximalista de lo que debería ser la Europa Social, muy alejada del juego de ambigüedades, mercadeos y contradicciones que la rodean y que a veces la anegan. Pero lo que no me parece adecuado es ocultar, u obviar, el contenido real, concreto de los textos reguladores, bien para ofrecer una imagen unilateralmente positiva de la misma, como hacen sus autores por lo general, bien para ofrecer la imagen contraria, como hacen sus críticos más radicales y que, lamentablemente, es la posición mediática más extendida. A mi juicio, si se hace, e insisto es totalmente legítimo, incluso conveniente, *crítica política* debe plantearse como tal, y si se hace «crítica jurídica», aun desde el debido enfoque de garantías<sup>31</sup>, hemos de atender necesariamente a los criterios que, plasmados en el artículo 3.1 CE y en los artículos 9 y 10 CE, han marcado y marcan la comprensión jurídica –política y técnica– de las normas.

Por supuesto, este estudio no solo tiene una dimensión informativa, y desde luego carece por completo de cualquier objetivo de mediación ética. Mi preocupación central es situar el debate en el

<sup>30</sup> Vid. Considerando 18 de la Decisión 575/2007, que recuerda la posición fijada en el Programa de Acción sobre el Retorno aprobado por el Consejo el 28 de noviembre de 2002 y en las Conclusiones del Consejo sobre la repatriación voluntaria, de 2 de noviembre de 2005.

<sup>31</sup> Vid. FERRAJOLI, L. *Derecho y Garantías. La Ley del más débil*. Trotta. 1999.

plano jurídico para avanzar, aun con mimbres de escasa calidad, en construir cestas aceptables para mejorar las condiciones prácticas de las actuales políticas estatales de retorno. Hay que dar «armas» a los actores del sistema político-jurídico para conformar unas condiciones prácticas de uso del régimen de retorno mucho más transparentes, ciertas y justas de lo que hoy hay. Pero para hacer frente a ese proceso de construcción jurídica, que no culmina sino que, al contrario, tan solo se inicia con el texto de la Directiva de Retorno –una vez se publique y sea, o no, adoptado formalmente por los Estados miembros–, de poco o nada sirve situar el plano de análisis entre «conservadores», que quieren una Europa fortaleza retrógrada, y los «progresistas», que ven una aberración en todo lo que no sea expresión de un máximo de protección.

En definitiva, y por seguir con la metáfora que he seguido para enfocar este tema, creo, sin perjuicio de mejores opiniones fundadas en Derecho, que la Directiva no ha sabido ganarse la confianza de la ciudadanía, ni la inicial de los operadores jurídicos, por cuanto se presenta atendiendo algunos de sus textos, y a la presentación que de la misma se hace, como altamente «deshonesta» –por lo que no hace honor a una de las recomendaciones de la «mujer del César»–. No obstante, y si se analiza con detalle, tanto en sí misma como respecto a las legislaciones estatales más tuitivas, como es la española, creo que sus insuficiencias, contradicciones y deficiencias no debe llevar a pensar que no mantiene un fondo, mínimo, pero fondo, de «honestidad», esto es, de preocupación por ofrecer un trato razonablemente digno a los inmigrantes en situación ilegal. Cosa distinta, insisto, es que, como todo texto jurídico complejo y polémico en el plano social, económico y cultural, adolezca de debilidades técnicas y de protección que requieren de lecturas integradoras y, en lo posible, correctoras. Pero no desde un «uso alternativo» sino desde el análisis jurídico estricto. Ese camino es el que ahora se abre, no se cierra, insisto en ello.

### **3.4. La eventual incidencia de la Directiva de Retorno en España: ¿«Nunca es Nunca»? Yo no diría «Nunca Jamás».**

Expuestos los contenidos claves de la Directiva y hecha una valoración global de su significado para el Derecho Social Comunitario, queda hacer referencia, situados en un plano más próximo, el español, qué hay de verdad en la posición de nuestro Gobierno. Y es que este, pese a haber votado favorablemente, dice con vehemencia que «nunca, nunca, nunca» –son palabras de la Vicepresidenta– se aplicará en España.

Ya hemos visto que en un plano técnico-jurídico la Directiva de Retorno tiene anticuerpos suficientes como para evitar un uso regresivo de la misma, sea respecto de lo avanzado hasta ahora en la «comunitarización», jurídica y política, del fenómeno de la inmigración, en especial de esta parte relativa a la política de retorno. En este sentido, como también se ha dejado expresado, no es dudoso que, pese a las críticas que recibe en el interior, nuestra legislación es más protectora y, por tanto, no tiene por qué surgir la amenaza de una reforma *in peius* de la misma a consecuencia de esta Directiva comunitaria que por vez primera suministra un régimen común al retorno, más allá de documentos, recomendaciones y acciones financieras al respecto. Ahora bien, ¿y en el plano político?

Para intentar ofrecer una respuesta básica a este interrogante, no he podido tampoco vencer la tentación de recurrir al título de una de las películas más conocidas de la serie, más bien culebrón,

del más famoso espía «al servicio de su Majestad», y que rezaba así: «*Nunca digas nunca jamás*». Y es que, según recogen diversos medios de comunicación, la Vicepresidenta del Gobierno español está aprovechando su viaje a América Latina para despejar dudas sobre la actitud española respecto de una norma comunitaria que, como la Directiva de Retorno, ha levantado las más severas críticas de aquel otro lado del Atlántico. Y para resultar convincente ha afirmando varias veces que «nunca, nunca, nunca se aplicará en España» esa Directiva.

Ahora bien, al margen de la temeridad de una afirmación tan incontrolable como esta, ¿es creíble que se diga esto cuando tanto ella como el Ministro de Trabajo e Inmigración, incluso el Ministro de Exteriores, afirman que se hará una reforma en nuestra legislación para ampliar el período de internamiento? Eso sí, se dice que será solo por un período muy pequeño, pues solo pasará de los 40 días actuales a 60... A todas luces es evidente que comparado con los 6 meses de máxima inicial que prevé la Directiva, como hemos visto, y más si se compara con los 18 de prórroga final, ese período es una «minucia», y seguro que piensan que pasará «como un suspiro»... Además, en nuestro caso, está plenamente justificado, por cuanto obedece solo a la necesidad de mejorar la eficacia de la gestión administrativa de estas situaciones, en la medida en que la identificación de la nacionalidad del inmigrante y la aceptación de retorno por el país de origen o de tránsito es complicada de articular, por lo que se necesitaría algo más de tiempo.

Sin entrar a analizar ahora la corrección de este argumento, si bien los estudios más solventes parecen evidenciar que la eficacia de la medida de internamiento se produce en los primeros días –en torno a un mes–, de modo que la prolongación, al contrario de lo que puede creerse, termina siendo contraproducente, es evidente que anunciar ahora esta medida de reforma resulta algo «sospechoso». Cuando menos.

Pero no es solo esto. Junto a esta medida, se anuncian otras propuestas para modificar la política española de extranjería e inmigración, y que tienen todas ellas o un sentido restrictivo o reflejan un modelo de «sospecha» frente a la inmigración. Así, por ejemplo, se anuncia tanto la modificación del régimen de los reagrupamientos familiares en un sentido restrictivo, dando una vuelta de tuerca más a una regulación que ya sufrió restricciones considerables en el año 2000. Ahora se limitaría solo al cónyuge y a los hijos menores de 18 años, dejando de lado a los abuelos, tíos, hermanos e hijos mayores de edad... Qué duda cabe que cuantas más barreras se pongan a situaciones que parecen difícilmente contenibles, la búsqueda de las familias de establecer proyectos de vida en común en lugares de inmigración económica, más se facilitará lo que se quiere evitar, la inmigración ilegal.

Cierto, hasta el momento nada es seguro. Recientemente la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, Consuelo Rumí, tras dar el dato de que 52.000 inmigrantes han llegado a España en lo que va de año por reagrupación familiar, recordaba que nada hay decidido en torno a si se limitará el derecho de reagrupación familiar de los inmigrantes a sus ascendientes, aunque sí ha reconocido que debate esta limitación con las organizaciones sociales y de inmigrantes. También dijo que se debatirá en la reforma de este derecho la posibilidad de que los menores de entre 16 y 18 años que se vayan a reagrupar lleguen a España con el permiso de residencia y con una autorización para trabajar. En la misma línea, el Ministerio de Trabajo e Inmigración también se refirió a la figura jurídica de la reagrupación familiar, de la que dijo que se debe abrir una «reflexión sobre

su aplicación». «Nadie cuestiona el derecho reconocido y garantizado que tienen los extranjeros a vivir en familia, pero es *necesario delimitar claramente qué familia y en qué condiciones*»<sup>32</sup>.

Asimismo, el Gobierno español ha propuesto un *Plan de Fomento del Retorno de los inmigrantes* en situación de desempleo a sus países, de modo que recibirían, a tanto alzado, la cantidad que le corresponda por prestación por desempleo, a fin de que busquen un proyecto personal de vida en los países de origen. Este programa, que se presenta igualmente como voluntario, conlleva un compromiso de no regreso de al menos 3 años. Se ha defendido este Programa de Retorno Voluntario de trabajadores extracomunitarios como estructural, no coyuntural. Así, el Ministerio de Trabajo e Inmigración considera que no ha sido diseñado solo para este período de «desaceleración» o «crisis» económica, sino que busca favorecer «la inmigración circular», es decir, aquella que viene a España solo durante un tiempo, el estrictamente exigido por las necesidades del mercado de trabajo del país de acogida.

No es mi pretensión tampoco entrar a analizar este Plan, que aún no ha sido puesto en práctica ni formalizado, pues tiempo habrá para ello. Lo único que pretendo es mostrar cómo una cosa es el discurso político, y otra la acción práctica. Sé que este enfoque del «retorno voluntario» no es exactamente el mismo que el que identifica la Directiva, pues en un caso se trata de inmigrantes en situación legal y en otro no. Pero sí que sirve para ilustrar cómo la idea de la «exclusión» de estos colectivos de nuestras sociedades sigue estando presente como parte de la política migratoria, pese a que al mismo tiempo se concentren esfuerzos y recursos en sentido contrario, hacia la tantas veces invocada como desconocida en su alcance «integración» de los inmigrantes. Una vez más, las contradicciones de las normas y las políticas emergen a borbotones<sup>33</sup>.

Finalmente, y por poner otro ejemplo de contradicciones respecto de un tema muy relevante tratado en la Directiva, como es el retorno e internamiento de menores, es también útil evidenciar el fuerte contraste, ya apuntado, entre regulación normativa y práctica de gestión. A este respecto, según recordé oportunamente, nuestras leyes sí permiten tanto el internamiento de menores no acompañados –MENAS–, como el de los acompañados –art. 60–. Si bien en ambos casos, pero en especial en el de los MENAS, se introduce un régimen especialmente protector, a través de la permanente actuación de los servicios sociales autonómicos de protección de menores, de modo que el principio de reagrupamiento familiar apenas se practicaría

Sin embargo, los casos de internamiento inadecuado y de repatriación al margen de los protocolos legales aparecen cada vez más recurrentes<sup>34</sup>, al menos a juzgar tanto por los medios de comunicación

<sup>32</sup> Para el alcance del derecho a la vida en familia del artículo 16 de la Ley 4/2000 es de interés la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que niega su carácter de derecho fundamental.

<sup>33</sup> El anunciado favor hacia el programa catalán de «las escuelas de apoyo» que pondrá en marcha la Generalitat para los inmigrantes, segregando a los extranjeros menores de los nacionales, o el firme rechazo de cualquier «política de regularización masiva» de los inmigrantes que se encuentran en situación irregular en España, en el marco del reciente Pacto Europeo por la Inmigración, pendiente de ratificación por la UE, no son sino nuevos ejemplos de estas contradicciones, así como del dominio de las «ocurrencias» más que de las buenas ideas y mejores prácticas.

<sup>34</sup> En efecto, en el caso de venir acompañados no se les separa de su familia, sino que permanece con el adulto con el que ha llegado, hasta que este vuelve a su país de origen, retornando también el menor con el adulto. Si la práctica cuando llegan con los padres es la repatriación con ellos, cuando el menor llega solo es acogido en los Centros de Menores, y se le brinda un régimen protector como si se tratara de menor en desamparo.

como por los repertorios de jurisprudencia. Desde esta perspectiva, es interesante poner de manifiesto que existe una lucha diaria, entre la práctica administrativa y la práctica forense, por el derecho a una protección eficaz del menor inmigrante. Se viene denunciando que el endurecimiento de las políticas ante la inmigración se constata también en el caso de los MENAS. Así, varias comunidades autónomas estarían intentando «resolver», o al menos paliar, el problema de falta de recursos para atender la creciente demanda «deshaciéndose de ellos» mediante el recurso de las decisiones de repatriación.

A tal fin, estarían apostando tanto por repatriaciones ilegales de menores extranjeros no acompañados como por la «externalización» –privatización– de los centros de acogida. Para «maquillar» los efectos negativos de estas políticas se estarían construyendo centros en Marruecos, a iniciativa de los gobiernos, central y autonómicos –ejemplo de Madrid y de Cataluña–, para atender a estos menores, con lo que se incrementa la «política de mercadeo» de personas entre los países destinatarios y los países de origen –o de tránsito–. Tras las políticas de educación y cooperación se oculta a menudo este «tráfico mercantil», que no suele gozar de demasiada transparencia a fin de evitar las críticas sociales. Por eso, solo la intervención de diferentes organizaciones sociales, que están acudiendo a la impugnación judicial de las mismas a través de medidas de justicia cautelar, parecen frenar, al menos provisionalmente, esta práctica excluyente.

Desde esta perspectiva, continuamente hallamos noticias en los medios de comunicación en las que se da cuenta de decisiones judiciales que paralizan, o revocan, decisiones administrativas de repatriación<sup>35</sup>. Citaremos algún ejemplo reciente en la práctica judicial española para ilustrar la situación actual. Especial reseña merece el Auto adoptado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Barcelona, que acaba de acordar la suspensión cautelar de la resolución de la Subdelegación del Gobierno del 13 de mayo que ordenaba la repatriación de un menor marroquí de 17 años, que estaba bajo la tutela de la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de la Generalidad –DGAIA–, al considerar:

- **Que no han quedado acreditados cuáles pueden haber sido los motivos** por los que la DGAIA ha iniciado el expediente de repatriación.
- **Que no queda constancia de haberse escuchado al afectado**, según exige para los menores de 12 años o más la ley catalana relativa a las medidas de protección de menores desamparados y de la adopción (disp. adic. 1.<sup>a</sup>), sin que sea aceptable esgrimir que no ha podido ser localizado para llevar a cabo tal trámite, puesto que estaba bajo su control.
- **Que no existe un Informe preciso del Servicio de Protección de Menores sobre quién podría hacerse cargo del mismo en su país de origen y en qué condiciones**, sin que consten tampoco cuáles han sido las gestiones correspondientes para localizar a los familiares del menor y sobre la verificación de que no existe ningún riesgo para su integridad<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> El mejor seguimiento de esta situación se puede encontrar en Colectivo DRARI de Investigación Acción Participativa por los Derechos del Niño. Vid. <http://www.drari-col-lectiu-iap-drets-infant.blogspot.com>.

<sup>36</sup> Argumentos análogos cabe encontrar en el Auto de medidas cautelares dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 24 de Madrid, dictado, en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, con fecha 6 de junio de 2008, por el cual se suspende también la repatriación acordada por la Delegación del Gobierno respecto de



Es evidente, en todo caso, que se necesitan muchos más recursos. El reparto de competencias lleva a favorecer la potestad convencional. Así, se anuncian diversos Convenios de Colaboración con los Gobiernos de las comunidades autónomas –en especial con Canarias– para el traslado y acogida de menores extranjeros no acompañados en la Península, con un importe superior al millón de euros. Aunque en el último año parece apreciarse una tendencia diferente, pues si bien no dejan de llegar menores a nuestras costas, siendo en los últimos meses numerosos los niños e incluso los bebés que han entrado en situación irregular en nuestro país, ahora crece el número de los que sí llegan acompañados, bien por sus madres o por alguna otra persona adulta. Esto puede mejorar la situación de los Centros de Menores a medio plazo, pero plantea el problema de las condiciones de internamiento, permitido por la ley española y también por la Directiva Comunitaria, de estos menores con sus familias, porque el hecho de que lleguen acompañados cambia su situación.

Es evidente, pues, que por unas razones u otras ningún Estado de la UE está al margen de la Directiva, sean cuales sean sus condiciones jurídicas de aplicación. Por lo tanto, también desde este plano es necesario impulsar un debate jurídico crítico, sí, pero analítico y constructivo también, para encontrar las mejores soluciones, también desde el enfoque de las mejores prácticas.

#### 4. LA «DIRECTIVA» DEL TIEMPO «INTERMINABLE» DE TRABAJO O «DE LA PÉRDIDA DEL PARAÍSO»: «... Y TRABAJARÁS DURANTE TODAS LAS HORAS DE TU VIDA»

*La esclavitud no se abolió, se cambió a 8 horas diarias [¡o más!]*

LES LUTHIERS

##### 4.1. Las claves de política jurídica de la «Directiva de las 65 horas»: el «mundo del revés».

Con la estudiada «Directiva de Retorno» el «orden neoliberal» parecía consumir un «golpe» al «Estado de Derecho», por la eventual pérdida de derechos civiles propuesta, como el sector crítico radical preconiza. Pues bien, simultáneamente, la «Directiva de las 65 horas» propuesta promovería, para este mismo enfoque, un «golpe» análogo al «Estado Social», por la pérdida de derechos sociales que conllevaría de aceptarla el PE.

De este modo, la *vendetta* del «orden liberal comunitario» frente al «orden social nacional» se proyectaría en los dos principales frentes de la expansión del «Imperio europeo». Por un lado, el de la (real o pretendida) *seguridad ciudadana*, reforzando los *poderes estatales* de detención y «expulsión» de quienes entienden constituyen una amenaza –hoy el colectivo creciente de inmigrantes en

---

un menor, acordando igualmente el nombramiento de defensor judicial ante el conflicto de intereses entre la repatriación pretendida por la Administración y la permanencia en el país, interesada por el menor recurrente (arts. 162.2 y 163, 299 y 301.1 CC; disp. adic. 3.ª LO 1/1996).

situación irregular—. Por otro, el de la (real o pretendida) *libertad de mercado*, reforzando los *poderes empresariales* de decisión sobre los trabajadores, a través de la ampliación tanto del tiempo de disponibilidad como del de trabajo en sentido estricto. En ambos casos, como anticipé, el Consejo habría encontrado el «punto de equilibrio» entre los intereses en contraste para alcanzar un mínimo acuerdo que ponga fin al largo bloqueo también existente en esta materia, dando vida a la *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre el tiempo de trabajo, que reformaría la Directiva vigente, la 2003/88/CE*.

A diferencia de la «Directiva de Retorno», ya aprobada por el Consejo y el PE, estando solo a falta de su publicación en el DOUE, la conocida como «Directiva de las 65 horas», aún está pendiente de aprobación por el PE, no existiendo a día de hoy una posición mayoritaria cierta al respecto. Como tampoco ha existido, a diferencia de la Directiva de Retorno, una posición unánime en el seno del Consejo, manteniendo algunos Gobiernos, muy pocos y entre ellos España, un planteamiento crítico respecto de esta regulación comunitaria. La principal razón para esta resistencia, tímida como luego se verá, reside en su consideración como *claramente desequilibrada*, al primar la razón de la *flexibilidad empresarial* en la gestión del tiempo de trabajo *sobre la razón de la tutela de la seguridad y salud de los trabajadores*, así como sobre la razón social de la *conciliación de la vida laboral y familiar*.

Por lo tanto, a la *crítica radical social* que ha generado, tanto en los medios de comunicación como en la comunidad académico-intelectual, así como en la acción sindical, habría que sumar una *crítica institucional moderada* en el seno del propio Gobierno de la UE. El carácter moderado viene del hecho de que ninguno de ellos se pronunció, paradójicamente, en contra, sino que tan solo se abstuvieron, mostrándose dispuestos «*a explorar, de manera constructiva, posibles alternativas para alcanzar un acuerdo transaccional global con la Presidencia, la Comisión y el Parlamento Europeo, en la fase final de adopción de este Proyecto de Directiva*» –Declaración para el Acta del Consejo–. En definitiva, desde este ámbito, se acepta el núcleo duro de la norma que la Comisión y el Consejo proponen, la flexibilidad del tiempo de trabajo buscada, pero entienden que *es necesario hacer alguna concesión* más a otros valores clave en juego, como es, principalmente, la tutela de la seguridad y salud en el trabajo, máxime si se constatan las elevadas cifras de accidentalidad que mantienen algunos países de la UE, así como los crecientes problemas de estrés laboral.

La *crítica político-social radical* [que aúna los puntos de vista (contrapoderes) mediáticos, sindicales y científicos] se muestra mucho más contundente en el rechazo del «*cambio legal*», por entender, *grosso modo*, que ninguna regulación que contemple la *posibilidad de una jornada de 60 ó 65 horas semanales* puede resultar compatible con nada social. Por definición, esto es, en sí misma considerada una jornada de tiempo de trabajo tan prolongada es incompatible con la salud y seguridad de los trabajadores y, por supuesto, hace irreconciliables los tiempos de trabajo en la fábrica y los de trabajo en el hogar familiar, por lo que hace irresoluble el conflicto de la conciliación de los tiempos de vida personal –que no existirían–, familiar –que serían muy escasos– y laboral –que serían casi interminables y agotadores–. De ahí que, como en el caso de la Directiva de Retorno, se lancen contra ella todo tipo de frases de descalificación por su carácter regresivo, al devolvernos al «espíritu y a la letra» de las insaludables por agotadoras jornadas decimonónicas de trabajo.

Desde esta perspectiva, la decisión mayoritaria de los Ministros de Economía y Empleo de la UE, permitiendo la posibilidad de ampliar la jornada máxima legal semanal hasta las 60 horas, e incluso hasta las 65 horas, se ha visto como un atentado frontal contra los pilares más elementales del Derecho Social del Trabajo –recuérdese que la Directiva de Retorno lo era al Derecho Humanitario Internacional–. Una auténtica «regresión» en el proceso de conquista de los derechos más básicos de los trabajadores, al tiempo que un claro ejemplo del limitado, si no nulo papel, que tiene el movimiento sindical en el proceso de producción legislativa a nivel europeo, a pesar del creciente discurso sobre el Diálogo Social. En ella tendrían cabida tanto la tendencia a la *individualización de las relaciones laborales*, conocida desde hace décadas en el Derecho del Trabajo, en cuanto contendría reglas que suponen bombardear la línea de flotación de la negociación colectiva, y combatida por la doctrina constitucional con relativa eficacia –prohibición por el carácter antisindical de los «Acuerdos individuales en masa»–, como la que viene «culpabilizando» en gran medida al Derecho del Trabajo de los principales males de la economía <sup>37</sup>.

Esta decisión sería un nuevo revés para el modelo social europeo, que vendría a suponer un triunfo de los sectores que siguen defendiendo que la existencia de una dimensión social en la UE es una anomalía histórica a corregir. La clara deriva antisocial en algunos de los principales países de la UE –Francia, Italia, Alemania, Reino Unido...– habría dado «alas» a esta posición, errónea e ideológica, pero demasiado extendida. Nótese que prácticamente coinciden con los países que pedían, o han aceptado, posiciones más duras en la Directiva de Retorno.

No seré yo quien reste ni un ápice de razón a quienes, sea desde la moderación sea desde el radicalismo crítico, evidencian que una norma que legitime jornadas tan largas, hasta alcanzar 60 ó 65 horas semanales, como las que permite la Propuesta del Consejo y de la Comisión, no merece más que el rechazo por antisocial. No es que sea desequilibrada, como dice la crítica político-institucional moderada, es que es lisa y llanamente antisocial, que hace inverosímiles otros objetivos que no sea la rentabilidad a corto plazo, porque a medio y largo plazo se revela igualmente como improductiva, por la «ley de los rendimientos decrecientes» y por la falta del tiempo de descanso, físico y mental, necesarios para la misma «reproducción de la fuerza de trabajo». Entonces, ¿milito aquí del lado de la crítica socio-intelectual radical y, entonces, alineo mi análisis dentro de lo hoy «políticamente correcto», que es «poner a parir» sin más y con el mayor exabrupto posible a esta Directiva, como la de Retorno?

Ya anticipé que no. Pero ¿por qué? Sencillamente porque hay una falsedad, o al menos se silencia la verdad, en ambas posiciones. Tanto los unos como los otros dan a entender que la quiebra del derecho a la seguridad y salud de quienes trabajan asalariadamente –ámbito de la Directiva, aunque el problema también se dé en quienes lo hacen por cuenta propia–, deriva estrictamente de los «cambios» que ahora propondría este Proyecto de Directiva, introduciendo una intolerable regresión –para los críticos radicales– o desequilibrio –para los moderados– en los derechos de los trabajadores. Pero, como ya anticipé en el apartado en el que ofrecí un análisis global de ambas Directivas, en realidad, esto no es así. Salvo en lo relativo al concepto de «*período inactivo del tiempo de atención continuada*», que sí es una novedad y cierto que nada baladí, *la regulación que permitiría hasta 65 horas de jornada semanal ya está vigente, debido a la cláusula de inaplicación del tope máximo de jornada.*

<sup>37</sup> Cfr. los artículos incluidos en el número 69 del Boletín del Observatorio Sociolaboral, dedicado monográficamente a esta regulación. En <http://www.fundacionsindicaldeestudios.org>

En otros términos, el aspecto que mediáticamente más se ha difundido y sobre el que se concentran las mayores críticas, la superación del tope máximo de las 48 horas hoy previsto, no constituye ninguna novedad sustancial, no representa ningún cambio, por lo que daría igual que se aprobara o no la Propuesta de Directiva en este punto. La vigente regulación ya permite esta posibilidad en virtud de la excepción prevista en el artículo 22 de la Directiva 2003/88/CE y que se instrumenta a través de eventuales «acuerdos voluntarios» de carácter individual. Precisamente, lo que la Directiva vigente propone es la revisión de este régimen de excepciones, de modo que se eliminará tal opción de modo definitivo, aunque fuese gradual o progresivamente. A este intento ha respondido, en una buena parte, aunque no en toda cierto, el largo y muy complicado proceso de negociación entre los Estados miembros para eliminar esta aberrante regla del Ordenamiento Social Comunitario.

En consecuencia, dado el enfoque eminentemente transaccional y, por lo tanto, la ambivalencia que tiene la construcción del Derecho Social Comunitario, quedaba claro que todo eventual cambio, en el marco de reformas diseñado por ese tan enigmático como demoledor Libro Verde «relativo a la modernización del derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»<sup>38</sup>, debería condicionar el imperativo de flexibilidad con las necesarias condiciones a la seguridad –en términos de derechos de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, pero también del reconocimiento de tutela para otros intereses y derechos, como los relativos a la conciliación de tiempos de vida y de trabajo–. De este modo, la originaria base jurídica sobre la que se diseñó la Directiva del Tiempo de Trabajo, la protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores [arts. 136 y 137.1 a) Tratado de Roma], se ve complementada por ese nuevo fin, incluido, aunque no confundido, en la lucha por la igualdad de trato y la prohibición de discriminación –art. 13 TUE–.

A mi juicio, dada la complejidad de la cuestión del tiempo de trabajo y su relieve central en la organización de los tiempos de vida, no puede sorprender esta convergencia o este entrecruzamiento, porque ambos enfoques sociales constituyen ejes transversales de las políticas comunitarias, mucho más de las sociolaborales, tal y como se revela en la omnipresente Estrategia Europea por el Empleo (Estrategia de Lisboa). Que se ubiquen en una misma regulación laboral objetivos de naturaleza económica –la mejora de la competitividad y productividad empresariales; la mejora del acceso de las mujeres al empleo–, y otros de naturaleza social –protección de la salud–, no solo no es inadecuado ni confuso, sino estrictamente necesario en la actual configuración de la UE y de su Derecho como un espacio de equilibrio entre las razones del mercado y las razones de la persona. El problema está, como se verá de inmediato, en el modo en que se lleva a cabo esa conexión, que evidencia una clara instrumentación de las segundas al servicio de las primeras.

A la vista de esta situación, y en apretada síntesis, es posible concluir que dos eran básicamente los motivos por los que no ha habido un mínimo acuerdo hasta ahora, pese a la intensidad de las negociaciones. Un proceso negociador que, de modo paradójico y sin perjuicio de la apertura del proceso de consultas previsto en el artículo 138.2 del TCE, no se ha tenido en cuenta de manera efectiva con los protagonistas de esta regulación: los interlocutores sociales. A saber: de un lado, *la concepción de lo que debe entenderse por tiempo de trabajo*. De otro, *la eliminación de la posibilidad*

<sup>38</sup> Cfr. BAYLOS, A. y PÉREZ, J. «Sobre el Libro Verde: modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI». *Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios*, n.º 5, diciembre 2006, pág. 10.

de ejercicio por parte de los Estados miembros de la cláusula de renuncia individual al límite máximo de jornada (la cláusula *opting-out*).

Pues bien, en este contexto, el *nuevo texto* propuesto pretende dar respuesta a esos dos imperativos. Para el primero, y en aras del incremento de la flexibilidad, más aún del margen ya de por sí muy destacado disponible con la actual Directiva, se introduce el nuevo concepto de «período inactivo de tiempo de atención continuada», quebrando o desautorizando la jurisprudencia del TJCE en la materia. En esta misma dirección ha de enmarcarse, como veremos, el intento de modificar los períodos de referencia para computar la jornada máxima –se pretendía pasar de los cuatro meses actuales a los 12–. Para el segundo, y esto se suele silenciar por el sector crítico radical –«mentira silenciosa»–, se introducen más garantías y limitaciones para la opción, ya existente, de los Estados miembros de excluir el tope máximo de la jornada laboral, las 48 horas semanales, que la Propuesta de Directiva no modifica. De modo que, en realidad, la previsión de acuerdos individuales de inaplicación del tope máximo de jornada –48 horas– que puedan alcanzar las 60 horas, o 65, actúa como *un límite cuantitativo a la regla actualmente vigente que no contempla límite alguno*.

En definitiva, una vez más se presenta una imagen deformada de la regulación, de modo que no es posible comprender ni la regulación actual ni la que se propone para el futuro. Por tanto, de nuevo, para comprender adecuadamente la situación, en los términos jurídicos más correctos posibles, es necesario presentar adecuadamente qué persiguen y cuáles son los cambios propuestos. Solo a partir de ese conocimiento de verdad informado, podrá extraer, cada ciudadano y/o cada operador, su propio juicio, aunque a muchos les pueda parecer que esto termina siendo el «mundo al revés». Que no puede ser, para quien tenga una mínima conciencia de la justicia social, muy crítico respecto de la ordenación. Pero no solo respecto de la «nueva», que en parte sí que mejoraría la vigente, en otra parte no, sino en relación a la «actual» también, que ya está permitiendo auténticos abusos, como evidencia la práctica británica. Veámoslo.

#### **4.2. Las claves técnico-jurídicas de la «Directiva»: el «Imperio liberal europeo contraataca» en «busca del tiempo laboral perdido».**

Sin poder, ni querer, entrar ahora –tiempo habrá seguro cuando se apruebe, si es que llega a hacerse, definitivamente– en los pormenores de la regulación del tiempo de trabajo que resulta de la Propuesta modificada de Directiva aprobada por el Consejo y pendiente de decisión por el PE, considero más útil analizar las principales claves del intento de reforma, a fin de comprender mejor el verdadero alcance de la misma. A tal fin, organizaré mis comentarios en torno al doble eje *reformas de flexibilidad* y *reformas de mejora de las garantías* de protección. De este modo, será más fácil que cada uno extraiga su propio balance de lo que significa este proceso regulador.

Comenzaré por seleccionar y ordenar el grupo de reformas orientadas nítidamente hacia el *imperativo de la flexibilidad laboral*. Antes de concretarlas, conviene poner de relieve que el Proyecto de reforma pretende incidir, con mayor o menor grado, en el entero sistema de fuentes reguladoras del tiempo laboral en el ámbito comunitario. La ampliación de la libertad de acción, por parte del orden económico liberal que subyace a este bloque de cambios, se lleva a cabo incidiendo en los tres poderes con capacidad constructiva de las reglas comunitarias: la Ley –Directiva–, la jurisprudencia

dencia –TJCE– y el Diálogo Social –la autonomía colectiva–. La realización de este objetivo liberal llevará al «Imperio europeo», pues, a contraatacar frente a la reducción de los márgenes de libertad empresarial que estaría suponiendo tanto el «*poder colectivo*», a través de los convenios laborales de reducción del tiempo de trabajo, cuanto sobre todo el «*poder judicial*», a través de la intensa labor tutelar llevada a cabo por el TJCE.

#### 4.2.1. Reformas propuestas para la mayor flexibilidad del tiempo laboral.

En esta dirección liberal, cabe mencionar las siguientes novedades propuestas:

##### a) La revisión del concepto de tiempo de trabajo: el período inactivo de disposición.

Decía más arriba que un aspecto clave de la reforma propuesta, y quizás el único realmente novedoso y relevante, es la revisión del concepto del tiempo de trabajo. En el estado actual de la Directiva 2003/88/CE por tiempo de trabajo se ha de entender:

*«todo el período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales»* (art. 2.1).

Para el TJCE<sup>39</sup> es tiempo laboral todo el período que el trabajador permanezca en el centro de trabajo, tanto si realiza trabajo efectivo como si no realiza actividad. Por el contrario, si el trabajador solamente ha de estar localizable, sin presencia física en el centro, solo se computará el tiempo durante el que se ha prestado efectivamente servicios. La Comisión Europea ha mostrado su disgusto con este concepto extensivo de tiempo de trabajo. Por eso, en su intento de reequilibrar el objetivo de la flexibilidad y el de la seguridad y salud de los trabajadores descarta que los períodos de tiempo latente durante el tiempo de guardia, en los que no se realiza un trabajo real y efectivo, no deben tener el mismo nivel de protección que los períodos *realmente activos*.

Por su parte, el Parlamento Europeo, en oposición, viene defendiendo la consideración de este período latente o inactivo como tiempo efectivamente trabajado. No obstante, estaba dispuesto a admitir que «*por ley o por convenio colectivo, los tiempos de guardia inactivos puedan ser computados de forma específica a efectos de la duración media máxima semanal*» de 48 horas. Esta precisión del Parlamento, que responde a una finalidad transaccional, supone mantener la situación actual como regla general, sin perjuicio de abrir la vía a reglas de cómputo especial y diferenciado para las horas de inactividad –por ejemplo: una hora de guardia podría ser igual a un número superior de horas reales de guardia inactiva–. Por lo tanto, no se propone una reforma profunda del concepto de tiempo de trabajo, sino un régimen más matizado o ponderado de tratamiento de los tiempos que un trabajador ha de estar disponible ante un posible requerimiento empresarial para trabajar.

<sup>39</sup> Por lo general esta doctrina ha sido afirmada en el sector sanitario. Así, en las Sentencias de los casos SIMAP y JAEGER, de 3 de octubre de 2000 y 9 de septiembre de 2003. Este criterio es aplicable a cualesquiera otros trabajos, en aumento, que exijan la necesidad del trabajador de estar localizable en todo momento durante su jornada laboral a pesar de haber momentos en los que no tenga trabajo efectivo que realizar, entre ellos los trabajos de vigilante, portero, socorrista, etc.



La Propuesta modificada aprobada por el Consejo no parece estar de acuerdo con esta posición transaccional, pero inmovilista, del PE. Y por eso, intenta llevar a cabo una revisión del concepto de tiempo de trabajo que supone un torpedo a la línea de flotación de la labor hecha por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– en la delimitación de aquel. La introducción del concepto de «tiempo de atención continuada» («todo período durante el cual el trabajador debe estar disponible en su lugar de trabajo a fin de intervenir, a petición del empresario, para ejercer su actividad o sus funciones», nuevo art. 2.1 bis Directiva), y sobre todo el de «*período inactivo de atención continuada*», que es el tiempo que el trabajador se encuentra en el lugar de trabajo, y por tanto a plena disposición del empresario, pero sin prestar servicio efectivo (*nuevo art. 2.1 ter*), desautoriza la posición del TJUE, que había venido considerando que tales períodos cumplen los requisitos enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE.

Cierto, puede pensarse que el problema se plantea básicamente en un sector, el de servicios sanitarios. Ahora bien, además de que esta situación puede producirse más allá de este sector de actividad, pues los períodos de localización del trabajador son cada vez más frecuentes en otros sectores económicos, queda claro que tampoco ha de infravalorarse este efecto, por cuanto está en juego un sector que afecta a prácticamente toda la ciudadanía, en cuanto usuarios de los Servicios de Salud. En este sentido, es evidente que una equiparación entre el régimen jurídico de las guardias de atención continuada y las localizadas, será un factor negativo más a añadir a los ya existentes en la organización del tiempo de trabajo de los centros sanitarios, con el más que evidente efecto negativo en la calidad del servicio público. Por lo tanto, en estos casos no solo se pone en riesgo la salud de los trabajadores sino de todos.

Al paso por esta revisión se ha aprovechado para precisar la definición de lugar de trabajo, a fin de clarificar qué haya de entenderse por tiempo de trabajo en atención continuada. Este hecho implica una selección de los espacios físicos transitados por el trabajador con ocasión del trabajo, ya que el artículo 2.1.bis.bis alude únicamente al «lugar o lugares en los que el trabajador ejerce habitualmente sus actividades o funciones». De este modo, incluso podría producirse algún efecto inesperado de esta Directiva, si llegase finalmente a serlo en los términos de la actual Propuesta de la Comisión ya aprobada por el Consejo pero no por el Parlamento, se insiste. Me refiero a la eventual limitación de la presunción de accidente de trabajo (art. 115.3 LGSS). También chocaría con el concepto preventivo, recogido en el Real Decreto 171/2004, de desarrollo del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: el centro de trabajo como «cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deben permanecer o a la que deben acceder por razón de su trabajo» [art. 2 a)].

Ahora bien, es evidente que el fuerte conflicto entre el Consejo y el PE en este punto exige, para que pueda aprobarse finalmente la Directiva, un punto de encuentro. Por eso, la Propuesta de Directiva deja abierta la posibilidad a que los períodos inactivos pero de disponibilidad empresarial puedan ser computados como tiempo de trabajo. Para ello tendrá que establecerlo así o la legislación de un Estado miembro o, de conformidad con esta legislación o sus prácticas, lo dispuesto por un producto de autonomía colectiva. Es decir, el Consejo ha invertido el modelo de transacción propuesto por el PE: si este prefería establecer como regla de Derecho Comunitario la consideración como tiempo de trabajo, salvo que la ley o el convenio disponga otra cosa, el Consejo fija como regla la exclusión del cómputo, salvo que la ley o el convenio disponga otra cosa – *nuevo art. 2 bis*–.

Asimismo, la Propuesta de Directiva permite que, a través de esta doble vía –la ley o el convenio colectivo– se pueda establecer una excepción a la regla general según la cual estos períodos de inactividad tampoco son computables como «tiempo de descanso» (nuevo art. 2 bis, párrafo 3.º). Algunos Estados, como Francia, ya han expresado que «*no tiene intención de incorporar a su Derecho nacional la opción de tener en cuenta el período inactivo del tiempo de atención continuada a la hora de calcular los períodos de descanso diario y semanal*», pues de tenerse en cuenta para el cómputo de los períodos de descanso quebraría una «garantía fundamental» para la protección efectiva de la salud laboral –Declaración para el Acta del Consejo–.

En definitiva, el tiempo de trabajo debe aunar actividad –puesta a disposición– y rendimiento –actividad de resultado–. En todo caso, la situación es la misma: la fragmentación del tiempo de puesta a disposición del trabajador al empleador, siendo uno laboral y otro no, pero todos de subordinación del trabajador al poder empresarial.

*b) La ampliación del período de referencia para el cómputo del límite máximo de la jornada laboral.*

Otro aspecto principal de las reformas propuestas, en clave de más flexibilidad, es el relativo al período de referencia para el cómputo del límite máximo de jornada. Conforme al artículo 16 de la vigente Directiva:

*«Los Estados miembros podrán establecer: ... b) para la aplicación del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), un período de referencia que no exceda de cuatro meses».*

El estándar legal es, pues, el de cuatro meses como período de referencia. No obstante, la Directiva se abre a la negociación colectiva para ampliar este período –artículo 18: excepciones mediante convenios colectivos–, si bien siempre dentro de los límites temporales marcados por la Directiva, que se sitúan en los 6 meses como regla general, y 12 meses como posibilidad, siempre y cuando se garantice la salud de los trabajadores y concurren razones objetivas de organización del trabajo –art. 19: límites a las excepciones a los períodos de referencia–. De este modo, se facilita la distribución irregular del tiempo de trabajo, sin incrementar el tiempo total del mismo a lo largo de un año. En todo caso, conviene poner de relieve que no es irrelevante ni la secuencia de jornadas ni los momentos de descanso, por lo que el favor hacia esta regla siempre ha estado limitado, en especial por el PE, que ha pedido cautelas.

Pues bien, la Propuesta modificada de Directiva plantea un cambio de redacción del artículo 19 que, justificado en el fomento de la flexibilidad del tiempo de trabajo, pues facilitaría el ajuste de este a los cambios de la demanda, en especial en las PYMES, significa en lo sustancial que la regla general será ahora la de permitir que, de modo directo, el período de referencia sean los 12 meses. Así, frente al redactado anterior que limitaba el período máximo a 6 meses, sin perjuicio de la ampliación a 12, ahora desaparece la referencia a los 6 meses para permitir que el período sea de 12. Ahora bien, esta ampliación no deja de contener algunas cautelas, aunque pueda bien dudarse de su efectividad, evidenciando una mayor laxitud de la solicitada por el PE.

En efecto, el PE acepta la ampliación del período pero requiere la existencia de mayores garantías para la seguridad y la salud de los trabajadores así como la previa consulta a cada trabajador afectado por la medida –garantía individual–. Sin embargo, el texto de la Directiva se limita a exigir que la legislación del Estado miembro admita esta posibilidad si concurren «razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo». Asimismo, ya no son solo los convenios la vía para introducir esta ampliación, sino también la ley.

*c) Creación de una excepción adicional, en el marco del sistema de exclusión voluntaria, que permitiría rebasar incluso el límite de 60 y 65 horas (art. 22.1 ter de la Propuesta de Directiva).*

Me refiero a la situación prevista para los trabajadores temporales con contratos de corta duración –que no rebasen un total de 10 semanas de prestación de servicios para un mismo empleador durante un período de 12 meses–. En estos casos, objeto de fuertes críticas por el sector político-institucional que cuestiona el Proyecto de Directiva en sus actuales términos, esto es, como aprobado por la mayoría del Consejo, no será de aplicación el nuevo límite cuantitativo establecido a los acuerdos voluntarios o de renuncia individual al límite máximo de la jornada laboral. De este modo, una vez más la temporalidad de corta duración vuelve a ser un factor diferenciador *in peius*. No obstante, no hay que perder de vista que esta posibilidad también existe hoy.

*4.2.2. El cuadro de cambios con vocación de mejora de garantías: límites a los acuerdos individuales de inaplicación (opt-out).*

Procede ahora analizar los cambios que, al menos cuantitativamente, representan **la voluntad de mejora del nivel de garantías** hoy existente en la regulación del tiempo de trabajo, aunque un planteamiento de este tipo pueda ocasionar cierta sorna, o mueva a hilaridad, a quienes hayan seguido puntualmente los comentarios de los medios de comunicación y leídos algunos de los análisis de los autores más críticos. Una vez expuesto el régimen legal el lector juzgará con mayor conocimiento. Para no hacer demasiado extenso y tedioso el análisis sintetizaré estos cambios propuestos en cuatro. A saber:

a) La exigencia de establecer necesariamente, bien por vía legislativa –ley nacional– bien por convenio colectivo, los previstos períodos equivalentes de descanso compensatorio, cuando concurren las excepciones que admite la superación de los límites máximos legales –*art. 17 de la Directiva*–, en un «plazo razonable».

La vigente Directiva solo ordena que se establezcan estos períodos de descanso compensatorio pero no marca un arco temporal en el que llevarlo a cabo. A tal fin, se propone modificar los artículos 17 y 18. Como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, la fijación de este plazo queda «al arbitrio de los Estados miembros», así como a la autonomía colectiva, que deberán tener en cuenta para tal tarea, en todo caso, «la necesidad de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores afectados y el principio de proporcionalidad» –Considerando 7 bis–.

Cierto, la norma comunitaria podía haber sido más precisa, mejorando la seguridad jurídica. A tal fin podía haber establecido por sí misma un período de referencia. Pero dado el modelo minimalista de regulación comunitaria que en esta norma –como en la Directiva de Retorno– subyace, se ha querido dejar margen a la decisión de los Estados, así como a la autonomía colectiva.

b) Fija *límites a la posibilidad de acumular las diferentes reglas flexibilizadoras*, como la prevista en el nuevo artículo 19, letra b) –establecimiento por ley de un período de referencia de 12 meses– y la reconocida en el artículo 22 –la posibilidad de autorizar acuerdos individuales de inaplicación del límite de jornada máximo (48 horas semanales)–.

A tal fin se añade el artículo 22 bis –obsérvese que la técnica legislativa para introducir las reformas es pésima de solemnidad, con tanto abuso de los «bis», los «ter»...–.

c) *Mejora el nivel de garantías formales y temporales para los referidos Acuerdos Individuales de Renuncia al límite máximo de jornada (cláusula de Opting-out)*.

En este ámbito, se trata de asegurar tanto que el consentimiento individual sea efectivo como que, en todo caso, lo que ahora no sucede, no pueda superar una determinada duración máxima, salvo que se disponga otra cosa por convenio –60 horas semanales en un período de referencia de 3 meses; hasta 65 horas semanales cuando el período inactivo de tiempo de atención continuada se considere como tiempo de trabajo, conforme al nuevo artículo 2 bis–. A tal fin se modifica el artículo 22 de la Directiva. En consecuencia, como la canción del grupo Amaral, la «verdadera historia principal» de esta célebre «Directiva de las 65 horas» nos presenta un «mundo al revés» de cómo nos lo cuentan.

En realidad, a día de hoy la cláusula de inaplicación individual no tiene límite cuantitativo preciso, por lo que podría desbordarse ese tope con la regla hoy vigente. Ahora, con la modificación, lo que se pretendería es mejorar la situación, de modo que se topen o limiten los acuerdos derogatorios individuales de renuncia al máximo de jornada, que sigue siendo 48 horas a la semana. Es verdad, conviene tenerlo claro, que esta propuesta supone una medida transaccional, una concesión a quienes no querían que cambiara la situación actual, porque lo que realmente se debía haber hecho es ¡derogarla!... Pero... «a falta de pan, habrá que conformarse con tortas»...

d) *Promover*, como contrapartida a la mayor flexibilidad de la jornada en aras de la rentabilidad empresarial, *la toma en consideración por el empleador del interés de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar*.

A fin de compensar el «sacrificio» en términos de seguridad que se les pide a los trabajadores para mejorar la flexibilidad del tiempo, se introduce por vez primera en esta Directiva la atención a un interés legítimo de los trabajadores, el de la conciliación de la vida profesional y familiar. A tal fin, se introduce el nuevo artículo 2 ter, que pretende mejorar la compatibilidad entre ambos tiempos de trabajo –el profesional y el familiar–. La Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva fundamenta la introducción de esta nueva vertiente en la ordenación comunitaria del tiempo de trabajo

tanto en su contribución «*a crear un clima de trabajo más satisfactorio*» –mejora del bienestar personal y social–, en la medida en que permite «una mejor adaptación a las necesidades de los trabajadores... que tienen responsabilidades familiares», sino también por ser un aspecto clave para «*aumentar el índice de empleo de las mujeres*» (Considerando 5).

Tres cosas al menos llama la atención de esta, a mi juicio forzada, y por tanto poco convincente, previsión legislativa. Primero, es necesario evidenciar que la regulación introducida ha quedado tan desvaída y genérica –solo habla de «animar» a los actores a adoptar acuerdos colectivos que favorezcan la conciliación, y de «animar» a los empleadores a «considerar», graciosamente parece, las solicitudes de cambio horario...– que no puede generar ninguna confianza en torno a la fiabilidad del objetivo. Por lo tanto, más bien se trata de un «brindis al sol», y parece un mal «negocio», porque el intercambio es desigual: los trabajadores dan algo concreto, flexibilidad de gestión, y a cambio reciben «buena voluntad», esto es, que se les atenderá con la mayor de las correcciones si piden adaptación de su jornada, pero sin «prometerles» o «asegurarles» nada. Segundo, que no solo no tienen reconocido un derecho, sino solo expectativas de buen trato, sino que además queda claro que las posibilidades de adaptación han de quedar supeditadas «*a las necesidades empresariales...*» –art. 2 ter–.

Tercero, no puede sino sucumbir a la tentación de poner de relieve la peculiar forma que tiene esta Propuesta de Directiva de ver el mundo laboral. A este respecto, también aquí nos encontramos una manifestación de esa idea del «mundo al revés», porque si hasta el momento mayoritariamente se había venido proponiendo, al menos desde el mundo sindical y el pensamiento crítico, una reducción del tiempo de trabajo para trabajar todos, ahora la Directiva nos sorprende con una idea contraria: trabajar más para trabajar *tod@s* –abreviatura exigida por el lenguaje políticamente correcto de ese absurdo lingüístico que es expresar al mismo tiempo los adverbios de cantidad «todos» y «todas»–.

A la luz de estas consideraciones, es evidente que el aspecto más relevante, y en todo caso el que ahora más interesa, es el relativo a la nueva regulación propuesta para la polémica figura del *opting-out*, que ya contemplaba la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Una cláusula de renuncia individual que se mantuvo tras las diversas modificaciones posteriores, hasta la versión consolidada de la misma que contiene la Directiva 2003/88/CE, que es la actualmente en vigor. El debate sobre el mantenimiento o eliminación de esta cláusula de renuncia individual al límite máximo de jornada es el que ha provocado más arduos enfrentamientos. La razón que lo explica es fácil de comprender: el modelo productivo a que responde, basado en la mayor flexibilidad posible de la mano de obra y en la reducción de sus costes, depende en buena medida de cláusulas de este tipo.

Si en un principio solo los países con una tradición reguladora más liberal y contractualista, como el Reino Unido, apostaron firmemente por ella, con la consiguiente crítica de los basados en la tradición reguladora legislativa continental –Francia, Italia, Alemania–, tras la ampliación de la UE, otros Estados se han sumado a este enfoque. La razón es evidente. Este tipo de cláusulas constituyen, para modelos productivos no basados en la calidad o la innovación, sino en la reducción de costes, una de sus mayores ventajas competitivas (sumada al bajo precio de los salarios) en relación con los Estados miembros más desarrollados.

El *opt-out* se configura como la posibilidad de los Estados miembros de inaplicar el límite máximo de 48 horas de trabajo semanal establecido en el artículo 6 b) de la Directiva 2003/88/CE: «*la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días*». Esta posibilidad está ya prevista en el artículo 22 de la Directiva, que autoriza a los Estados miembros a acoger esta opción, si bien les exige que introduzcan determinadas garantías, de fondo y de forma. En especial, que se asegure que el consentimiento del trabajador es real y no forzado por el empleador. En este sentido, el propio TJCE ha insistido en que el consentimiento del trabajador al exceso de horas de trabajo *debe ser «no solamente individual, sino también expresa y libremente manifestado»* –STJCE de 5 de octubre de 2004 (caso Pfeiffer y Nestvogel vs. Deutsches Rotes Kreuz)–.

Pese a ello, se constata el fracaso de este mecanismo de control y, por tanto, el abuso producido en estos años de la cláusula de renuncia individual, en especial, en el Reino Unido<sup>40</sup>. Curiosamente, aunque se explica perfectamente, este vuelve a ser, como en la Directiva de Retorno, el abanderado de las limitaciones de derechos. Pero no estaba solo ni mucho menos –le acompañan países de la «vieja» Europa, como Austria y Alemania, y de la «nueva, como Polonia, Malta–.

La eliminación de esta cláusula contaba con diversos argumentos a su favor, y es la posición defendida por el Parlamento Europeo –de gran interés el llamado «Informe Cercas», autoría de un diputado español– y algunos Estados miembros de la UE con especial influencia –Francia, Bélgica, Finlandia, Italia...–, así como, por supuesto, de las organizaciones sindicales europeas. El principal motivo se situaba en la protección de la seguridad y salud en los lugares de trabajo, por cuanto por mucha persuasión que se empleara es muy difícil creer en la «cultura preventiva» con jornadas tan prolongadas, cuando se sabe que el excesivo tiempo de trabajo genera fatiga, y la fatiga está en la base de un buen número de los accidentes de trabajo.

Por otro lado, la más que evidente debilidad de la posición de los trabajadores a la hora de expresar su rechazo a este tipo de acuerdos, pese a ser nulos los consentimientos prestados por presión empresarial. La presión y el miedo a perder el puesto de trabajo son poderosas razones para hacer dudar de la realidad de ese consentimiento. Asimismo, la enorme diferencia de condiciones de trabajo entre unos Estados y otros, en especial con los Estados de la ampliación, facilita un uso de la cláusula de renuncia voluntaria o inaplicación individual del límite máximo de la jornada laboral (cláusula *opt-out*), contrario a la competencia leal, pues provoca situaciones de *dumping* social, insostenible tanto para los Estados más protectores como para el conjunto de la Unión. Si en un mismo espacio económico y jurídico se hacen convivir salarios menores con la posibilidad de trabajar muchas más horas, la tentación a desplazarse las empresas –no ya solo a trabajadores– a esos Estados es evidente, a fin de obtener un mayor beneficio de la actividad económica. Finalmente, ciertos objetivos sociales más modernos, como la conciliación de la vida laboral y familiar se convierten en sencillamente imposibles con jornadas tan prolongadas<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> En el Reino Unido, que desde un comienzo se adhirió a la opción de no aplicar el límite horario laboral, la práctica del *opt-out* está muy extendida, alcanzando a más de cuatro millones de trabajadores (según datos aportados por el PE en su Resolución de 2004 sobre ordenación del tiempo de trabajo).

<sup>41</sup> No debe sorprender que haya sido bajo presidencia eslovena cuando se haya retomado este tema. Durante los días 9 y 10 de junio se celebró el Consejo de Ministros de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, en el que se analizó y



Pues bien, ninguno de esos argumentos ha podido convencer a la mayoría del Consejo para promover la eliminación, si quiera progresiva, de esta cláusula. Una cláusula que no dudo en calificar de infame, de modo que no solo no parece honesta sino que es claramente «deshonesta» o «indecente» –quiebra las exigencias del trabajo decente, conforme a los planteamientos de los Convenios de la OIT–.

Ahora lo que se propone, como «mal menor», es el mantenimiento de la cláusula existente, en principio sin perspectiva de eliminación para el futuro, pero el intento de establecer ***un régimen más estricto en sus condiciones de aplicación***. Para ello se modifica ampliamente el artículo 22 de la Directiva, que mantiene como regla general que la semana de trabajo en la UE debe tener 48 horas como máximo, presuponiendo, no sé si muy consciente, que «en la práctica es una excepción que... en la UE trabajen más tiempo».

No pretendo en este momento hacer un análisis pormenorizado de estos cambios, pues el principal argumento a desarrollar, que su regulación no busca flexibilizar más el régimen vigente, como presuponen los críticos radicales, sino mejorar la tutela, ya está suficientemente concretado. Solo haré algunas referencias a sus aspectos más relevantes para intentar evidenciar aún más esa imagen deformada, por tanto inútil, que se nos presenta, desde un lado y otro, de esta regulación. Entre las principales novedades de esta regulación están:

- Los Estados han de autorizar de modo expreso esta inaplicación –lo que no pasa en España–, o bien, que esté previsto en un producto de negociación colectiva. Por lo tanto, frente a quienes ven en la reforma un ataque frontal a la negociación colectiva deberían explicar esta regla, que no aparece en la actual regulación.
- El consentimiento no solo debe ser por escrito, sino que tiene vigencia temporal –no puede ser superior a un año–, debiendo ser renovable.
- Ahora se propone que la garantía de indemnidad para el trabajador que rechace dar su consentimiento se extienda también para el que se retracte del mismo «por cualquier motivo».
- Como novedad, también se establece *la prohibición legal de dar este tipo de consentimientos en el momento inicial del contrato*, bien en el de la firma bien en las cuatro primeras semanas de la relación, salvo que el contrato no rebase un total de duración de 10 semanas en un año.
- Asimismo, y como antes se dijo, *ningún acuerdo de este tipo podrá llevar a jornadas superiores a 60 horas*, calculadas como promedio durante un período de tres meses, salvo que un acuerdo colectivo disponga «otra cosa» –el Reino Unido ya se ha asegurado que dispone de este acuerdo sindical para poder introducir excepciones–, o 65 horas, calculadas también como promedio durante un período de tres meses, «en ausencia de convenio colectivo y cuando el período inactivo del tiempo de atención continuada se considere jornada laboral...».

---

aprobó la directiva sobre distribución del tiempo de trabajo. Desde el Consejo de Ministros de Lisboa, en diciembre de 2007, no se había dado ningún paso sobre este tema.

A todo ello, hay que sumar el reforzamiento de los controles de información y de transparencia sobre estos regímenes de inaplicación. Pero a estos efectos de Registro y puesta a disposición de la información al respecto no hay novedades.

### 4.3. Una valoración final ponderada de la Propuesta: «no salen las cuentas», con reforma o sin reforma.

No creo que haya que avanzar más en el análisis de esta Propuesta para alcanzar un «juicio justo», y útil, sobre la misma. Si el origen de todo estuvo en esta enigmática pregunta:

*«¿Cómo se podrían modificar las obligaciones mínimas en materia de ordenación del tiempo de trabajo para ofrecer mayor flexibilidad a los empleadores y a los trabajadores, garantizando al mismo tiempo un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores?»*

(Pregunta número 11 del Libro Verde sobre «Modernización flexi-seguridad»).

Es más que evidente que, en ningún caso, el régimen de cambios propuesto por la incorrecta pero gráficamente llamada «Directiva de las 65 horas» servirá para alcanzar este equilibrio. En esto tienen toda la razón los Gobiernos críticos con el Acuerdo que adoptó mayoritariamente el Consejo, aunque no deja de ser irónico, cuando no raye en el sarcasmo, que no votaran en contra sino que se abstuvieran. Y es que, se la mire por donde se la mire, ni a mí, que soy de letras, ni al mejor matemático, le pueden salir las cuentas... Si para «reproducir correctamente» la «fuerza de trabajo» hay que dormir en torno a 8 horas diarias, y hay que encontrar algunos momentos para «alimentar» esa «fuerza de trabajo»... ¿cuándo se hace el «trabajo reproductivo» y el «doméstico»?... Recuérdese que al mismo tiempo ha de sacarse tiempo para dedicarlo a la formación continua... Si, además, los empleadores no están obligados a asegurar que todos dispongamos del tiempo «libre» necesario para ocuparnos de ese otro «trabajo», menos del «tiempo de ocio», es evidente que la regulación o tiene «truco» o «trampa», o, sin más, es increíble –por falsa, no por «fantástica»–.

En suma, es sencillamente imposible que con los márgenes que abre la Directiva se pueda alcanzar ni la garantía de salud laboral –los informes que evidencian los cada vez mayores problemas de salud física y psíquica de los trabajadores con jornadas prolongadas son ya contundentes–, ni mucho menos el fin de la conciliación, que aparece toda una quimera en el planteamiento de la Directiva. Nada parece quedar, además, de la reivindicación sindical de reducción del tiempo de trabajo desde un modelo de solidaridad –el debate por las 35 horas semanales– que basaba su intervención en la idea de trabajar menos para trabajar «todos».

Pero es que, incluso el modelo individualista y liberal, más iluso que real, repropuesto por esta regulación adolece de extremo voluntarismo. Los trabajadores dan algo tangible –más horas de trabajo, más tiempo de disposición sin retribuir–, mientras que los empleadores solo ofrecen promesas a cumplir «graciosamente», esto es, «por obra y gracia del buen empleador», como son los intereses de la conciliación.

Desde este punto de vista, llevarían razón los críticos radicales. Ahora bien, como se ha visto, el problema es que este «fantasma» sobre el que alertan no es una amenaza de futuro, sino que lleva tiempo con nosotros. No es la Propuesta de Directiva la que lo ha hecho renacer, sino que, al contrario, lo que pretende es intentar poner coto a abusos derivados de esta cláusula ya existente. Por tanto, y salvo en relación al contraataque realizado a una jurisprudencia que se entiende «improductiva» o no rentable por aceptar un concepto amplio de tiempo de trabajo, no es la Propuesta de Directiva la responsable del desahogado, sino que el ominoso horizonte de las 60 y 65 horas aparece como un intento, ineficaz cierto, de control frente a los abusos, no de futuro, sino de presente, que habría que intentar fuesen de pasado.

#### **4.4. La eventual incidencia de la Propuesta de Directiva en España: ¿un sorprendente efecto de legitimación sobrevenida?**

Aunque ya he realizado alguna indicación al respecto, conviene reparar si quiera muy brevemente en la incidencia eventual de esta Propuesta de Directiva, de llegar a la fase final por ser aprobada por el PE, en el Derecho del Trabajo español. A tal fin, ya se ha evidenciado que nuestra normativa resulta, en términos generales, tutelar en relación a estas Propuestas, y que no contempla ningún régimen de exclusión del límite máximo de jornada, que está en 40 horas semanales como se sabe, a través de acuerdos individuales, que encontrarían fuerte rechazo sindical, pero también estarían en fuerte contraste con la doctrina constitucional y jurisprudencia consolidadas. Por tanto, como en el caso de la Directiva de Retorno, y teniendo en cuenta el disgusto de nuestro Gobierno con esta Directiva, no parece que, al menos a corto plazo, vaya a tener ninguna incidencia en el plan de reformas laborales que se avecina, al menos de una manera formal.

Ahora bien, tampoco aquí cabe hacer un discurso maximalista y «sacar mucho pecho» al respecto. Por eso, entiendo interesante poner en conexión una de las líneas de reforma flexibilizadora indicada con nuestra regulación. Me refiero a la ampliación de los períodos de referencia para establecer el cómputo de la jornada. Esta previsión no deja de ser especialmente relevante para España, que también aquí «jura y perjura», como digo, que tal y como está no será de aplicación a nuestro Derecho.

Pero hete aquí que el saber jurídico da muchas sorpresas. En efecto, solo en virtud de esta reforma puede decirse que España cumple de modo estricto con la Directiva acerca del período de referencia a computar. Como sabemos, España ilustra esta opción, pues en nuestra legislación a día de hoy el período de referencia es de un año. Lo que no dejaba de plantear dudas, por la diferencia de cómputo entre la norma española –40 horas a la semana en el período de un año–, y la norma comunitaria –48 horas en el período de cuatro meses–. La eventual incoherencia entre ambas regulaciones –un trabajador en España podría prestar servicios con una jornada ordinaria de 50 horas semanales durante un período de cuatro meses, siempre que en el período restante del año ajustara la jornada ordinaria de trabajo– se resolvía en los artículos 18 y 19 de la Directiva.

El artículo 18 de la Directiva posibilita excepcionar, mediante la negociación colectiva, la aplicación del período de referencia de cuatro meses, si bien condicionado a que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio. Por su parte, el artículo 19 limita esta excepción a un

período de referencia máximo de seis meses, si bien se puede ampliar el plazo referencial a 12 meses si concurren ciertos motivos: por razones objetivas, técnicas o de organización. El límite genérico es siempre el mismo: que se respeten los principios de seguridad y salud de los trabajadores.

En suma, y salvo esta referencia al Derecho español, no parece que este cambio sea de gran magnitud, porque en realidad ya estaba posibilitado por la Directiva. Por tanto, en este punto, *nihī novum sub sole* (nada nuevo bajo el sol).

## 5. REFLEXIÓN FINAL: ¿SIRVEN REALMENTE PARA ALGO Y PARA ALGUIEN ESTAS «DIRECTIVAS»?

*Los que escriben con claridad tienen lectores; los que escriben oscuramente tienen comentaristas.*

Albert CAMUS

Aunque el estudio no ha sido, deliberadamente, completo, si creo que he dado información suficiente al lector para que se haga una idea propia, que es lo que más me interesa, del significado y alcance de estas dos iniciativas reguladoras de tanto calado social y mediático. Y ello en el plano de política jurídica –las razones que las fundamentan, las pretensiones que las mueven, los conflictos de derechos e intereses entre sujetos e instituciones que están en su base...–, y en el de la técnica jurídica –qué enunciados normativos propone y cuáles son las reglas derivadas del proceso interpretativo que generan–. Al mismo tiempo, he acompañado las razones dadas por sus críticos, radicales y moderadas, evidenciando mi posición y mis motivos para ello.

No creo que haya que volver en este momento más sobre el asunto. Ahora, en este momento del epílogo o conclusivo –más que por alcanzar ideas ciertas porque este trabajo, como todos y como todo, tiene que terminar–, me gustaría hacer alguna breve reflexión de carácter general sobre qué significan, o pueden significar, ambas Directivas en el actual momento, ciertamente difícil y crítico, que vive el proceso de construcción de esto que se llama la «Europa Social». Por supuesto el plano que a mí me interesa en este momento, otra cosa es como ciudadano, no es el de la «crítica política», sino el de la «crítica jurídica», entre otras cosas porque una clave básica del «Imperio europeo» contemporáneo, como en su momento lo fue del «Imperio romano», modelo de civilización jurídica, aunque sobre bases bien diferentes, ha sido, es y deberá ser su «Derecho», y más en particular, el «Derecho Social Comunitario».

Como ha quedado evidenciado en este estudio, el eje sobre el que a día de hoy ha girado el análisis, muy crítico, en extremo, de sendas Directivas ha sido el de poner de relieve sus desajustes respecto de los derechos fundamentales de las personas, sea en el plano civil –derechos y libertades de ciudadanía– sea en el laboral. A este respecto, es evidente que el juicio dependerá del modelo que se comparta en torno al sentido que deben tener las normas comunitarias: desde un modelo minima-

lista de «Estado de Derecho Social Europeo» es más fácil de comprender las limitaciones que tienen ambas Directivas, mientras que desde un modelo de máximos o de tutela fuerte está claro que ambas constituyen una inagotable fuente de frustraciones.

Cualquiera que sea la posición que se adopte al respecto, es manifiesto que en ellas quedan al descubierto las contradicciones de la Europa Social y de su Derecho. Se propone un discurso del equilibrio entre libertad y seguridad, tanto en el ámbito del control de flujos migratorios como de la regulación del tiempo de trabajo. Sin embargo, ha quedado claro el fuerte desequilibrio existente, entre el primado de los poderes –de soberanía pública, y empresarial–, respecto de las libertades y derechos de las personas, justo lo contrario de lo que pretende el corrector social, pasando del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la ilusión liberal –para gobernar las relaciones de mercado, incluido el laboral– y la ilusión tecnocrática, que dominan el proceso de construcción europeo, se revelarían como una amenaza para la consolidación de los derechos fundamentales, pese a contar ya con varias Cartas Comunitarias dedicadas a su ordenación, incluso con un carácter vinculante –Tratado de Lisboa, cierto que pendiente de entrar en vigor–. En consecuencia, aunque, como he intentado argumentar, el discurso crítico radical responde más a la descalificación política que al análisis jurídico, y poco o nada ayuda para avanzar en la mejora del proyecto de la Europa Social, queda claro que el modelo de regulación subyacente a ambas Directivas dan más motivos para la desilusión.

Ahora bien, si desde el primado del discurso de los derechos de la persona las dos Directivas abren demasiados frentes, por la incertidumbre que introducen respecto del régimen de ciertos derechos, aunque admiten corrección o respuesta normalizada desde el Derecho vigente, sin tener que acudir a extremas descalificaciones, entiendo que el mayor problema que generan es el de su utilidad, tanto en el ámbito de los más específicos problemas que quiere afrontar –la armonización de las regulaciones, muy distantes y a menudo odiosas, de los Estados miembros en materia de retorno; la prevención de usos desleales de la regulación del tiempo de trabajo por tener reglas diferentes–, cuanto para avanzar en la creación de una comunidad europea. Así, por un lado, ni se garantiza una comunitarización de la política de retorno, dado el elevado margen de regulación diferencia que concede a los Estados, hasta el punto de que algunos de los que más afectados potencialmente deberían estar por sus regulaciones muy restrictivas, como es el caso del Reino Unido, podrían sentirse no concernidos sea por las dudas que existen en orden a la competencia comunitaria –la tiene en materia de «repatriación» pero no estrictamente en materia de expulsión [art. 63.3 b) TCE]–, sea por su propio régimen singular (Protocolo sobre la posición del Reino Unido)–, ni tampoco la efectividad de la política, por cuanto algunas de las reglas que prevé se han revelado ineficaces –internamientos prolongados, actos restrictivos de los derechos de los menores; inadecuado control de las condiciones de internamiento–.

Por otro, un juicio análogo podría alcanzarse respecto de la Propuesta de Directiva de modificación del tiempo de trabajo. Como hemos visto, la remisión a la legislación de los Estados, así como a la negociación colectiva, constituye una de las claves más significativas del régimen regulador. Por lo demás, la incapacidad de fijar un plazo para la eliminación de la leonina o draconiana cláusula de inaplicación del máximo legal de jornada evidencia que los riesgos de uso no ya solo abusivo, en el plano individual, sino desleal, en el plano del control de las condiciones globales de la competencia en el seno del «Imperio de la UE», se mantendrán.

Pero es que además, y situados en un plano de crítica interna, el resultado es que la UE ofrece una imagen completamente errónea tanto del modelo de gobierno de la inmigración ilegal como del modelo productivo. Hoy se sabe ya, con datos estadísticos, que ni políticas extremadamente restrictivas ayudan a reducir el número de personas que acceden, o pretenden hacerlo, a los territorios de la UE, ni los modelos productivos basados en jornadas prolongadas de trabajo tienen mayor productividad que los que se basan en criterios cualitativos, ni son más productivos los que se basan en los bajos precios de su mano de obra. Por eso, el éxito en la respuesta a los riesgos globales de Europa no está en igualar a los ciudadanos a la baja –esto es, reduciendo sus derechos–. La historia es inapelable.

Mal haría la legendaria Europa, la nueva y la vieja, o la de siempre, en recorrer ese camino dejando la evolución social a sus espaldas... Al margen del análisis técnico que queda hacer, y también de los planteamientos ideológicos, es evidente, se diga lo que se diga en el terreno económico y político, que los enfoques reguladores de ambas Directivas no son los más adecuados, ni es la señal o el mensaje de confianza que puede, o debe lanzar Europa... Que no sea su regulación obligatoria para los países «más avanzados» tampoco puede justificar en modo alguno que se introduzcan algunos «caballos de Troya» en los ordenamientos sociales, comunitario y nacionales.

Ahora bien, esta defensa de los valores sociales más arraigados en nuestra cultura no puede hacerse desde un enfoque unilateral, ni minimalista ni maximalista. Todos sabemos, nos guste o no, que no hay Europa Social posible sin contradicciones. Es sencillamente ingenuo creer en que el Derecho Social Comunitario servirá para crear, de una forma pacífica y armoniosa, el «cumplimiento de las promesas de prosperidad» y bienestar para todos. Al contrario, el creciente carácter global, cosmopolita, de la UE «*no promete la eliminación de las contradicciones..., sino su reconocimiento*», esto es, el carácter esencialmente contradictorio del entero Proyecto social europeo <sup>42</sup>.

Por eso, si no es posible caminar más hacia Europa sin reforzar la Estrategia de los Valores y de los derechos de las personas, tampoco podemos seguir ignorando la influencia de la llamada «*semántica del realismo europeo*», con todas sus oportunidades sí, pero también con todas sus contradicciones y ambivalencias ligadas a aquellas. El dilema de la integración europea, también en el plano social, y por tanto sus corolarios de universalidad e igualdad sociales, no puede afrontarse al margen del «dilema de la inseguridad fabricada», esto es, de la constatación de que la mayor parte de las respuestas jurídico-institucionales a los desafíos –riesgos– globales no solo no reducen la precedente incertidumbre, sino que la acentúan. Las dos Directivas aquí comentadas son un ejemplo reciente y extremo de esta idea, pero realmente no es ninguna novedad, sino que es una constante del entero Proyecto Europeo, esto es, el desplazamiento de la construcción solo de un Gran Supermercado por la creación de una Comunidad, política y social al mismo tiempo.

No obstante, hay algunas novedades. Una de ellas es que, en la actual etapa de la historia, la construcción ya no es solo cosa de las Instituciones, sino que también es una misión de otros sujetos, los interlocutores sociales, incluso la ciudadanía, a través de la creciente conformación de la Opinión Pública, que es consciente y discute de los riesgos y de las respuestas. Ni las políticas de seguridad ciudadana, ahora en la vertiente de control de flujos migratorios, ni las de libertad económica, son indiferentes.

<sup>42</sup> Cfr. BECK, U. y GRANDE, E. «La Europa...» *op. cit.*, pág. 239.



Pese al intento de los Gobiernos de promover mayores cotas de seguridad y de bienestar de los ciudadanos incluso a costa de reducir los derechos fundamentales de las personas –menos libertades, menos estabilidad en el empleo, más flexibilidad...–, ampliando en cambio los poderes de gestión –soberana, empresarial–, la ciudadanía no está dispuesta a aceptarlo «a cualquier precio». Y en todo caso, si se quiere tener éxito en los objetivos es evidente que hay que promover la «confianza» ciudadana. Como hoy estamos viendo, las crisis sociales, económicas y políticas más que objetivas son de «confianza», por la falta de credibilidad. Unos dicen que hay mucho dinero, otros que no, unos que saldremos pronto y bien de la crisis, otros que no... Unos afirman que se busca mejorar las garantías de los ciudadanos, de todos, de los que son nacionales europeos y de los que no... Otros se empeñan en mostrar justo lo contrario, que no se busca más que la regresión, el fomento de la xenofobia y la exclusión...

No sé. Pero lo que está claro es que nadie se fía de nadie. Como también sé que solo recuperando la confianza en todas las instituciones, y también en los actores, podremos salir de esta compleja y difícil situación... Y no al modo del «optimista iluso», sino dando los pasos adecuados para que objetivamente nos podamos fiar los unos de los otros...

Y es evidente que unas Directivas que dejan tan amplio margen de acción no pueden generar confianza en la ciudadanía, ni desde luego dan la mejor señal para creer en su capacidad de dar respuesta a los desafíos de nuestro tiempo... Hay que creer, sí, en los mercados, pero mucho más en las instituciones que los regulan, y cómo no en que, al final, no dejan de ser instrumentos para buscar la calidad de vida de los ciudadanos, españoles, europeos y de la humanidad, hasta donde se pueda. Y es que al pensar en los titulares de los derechos y los beneficiarios ya no podemos pensar solo en «nosotros», sino que tendremos que pensar también en «ellos», en los demás –el «amor al prójimo»–, que, entre otros argumentos, ya están entre «nosotros» –población inmigrante y/o inmigrada–.

En definitiva, no solo *vivimos arriesgadamente en el plano económico*, sino que *regulamos peligrosamente* en el plano social. Al igual que la crisis de las hipotecas *subprime* –concedidas con riesgo excesivo– ha desvelado todas, o buena parte, de las debilidades del sistema, las propuestas aquí analizadas han dejado emerger al primer plano las profundas contradicciones del Derecho Social de la UE. Los movimientos sociales europeos –sindicalismo, movimiento pro derechos de las personas inmigrantes...– tienen que responder, porque el modelo social europeo es, en primer lugar, un concepto de sociedad, por tanto, una opción política. Pero también es ya una opción jurídica: son derechos sociales y laborales de ciudadanía.

Cierto, en el mundo de los valores y los principios fundamentales existe un amplio margen de concreción, de modo que la ideología política del Gobierno de turno marcará mucho su alcance. No es posible defender un principio a ultranza de irreversibilidad de los derechos sociales, tal y como nos enseñan los maestros de nuestra disciplina y confirman los Tribunales Constitucionales –el último llamado a pronunciarse es la Corte Constitucional francesa respecto, precisamente, la modificación propuesta por Sarkozy en relación a la Ley de las 35 horas–. Ahora bien, queda claro que sí debe haber un punto, mínimo si se quiere, pero apreciable, de «no retorno».

El modelo social europeo es un modelo que hay que defender en el ámbito europeo, donde lo creíamos «garantizado», y promover en el resto del mundo, que lo considera como un hermoso deseo,

como un adecuado horizonte para la evolución. La amenaza del referido fantasma de la regresión alcanza a todos, pues. Este modelo de economía social de mercado es continuamente atacado, o instigado, por quienes, desde la recuperación de las bases del orden liberal –mano dura para quienes amenazan la «seguridad ciudadana», hoy los inmigrantes en situación irregular; mayor margen de libertad para el poder económico y recorte de los «gastos sociales»; apoyo férreo, incluso al precio de contradecir el sistema, a la función acumuladora del capital– proponen la creación de las condiciones para una «mano de obra barata» y flexible.

En ambos casos se trata de planteamientos netamente ideológicos, carentes de rigor. Las leyes férreas de control de flujos se han revelado inútiles para cumplir con su función. Las leyes de desregulación han evidenciado efectos contraproducentes en la competitividad de las empresas, como demuestra el que países de mayor protección se muestren más productivos. Entiendo que hay que poner el modelo social de UE en el centro del debate europeo, pues este es uno de los rasgos más característicos de la Unión, al que no puede renunciar si no quiere asistir a su propio fin, por más que en su origen fuese una «zona de libre cambio». Y es que, en nuestros días, y por diferentes razones, con decisiones como estas el euro-escepticismo crecerá y habrá una pérdida de apoyo popular a Europa, abriéndose camino la «re-nacionalización» de políticas.

Por tanto no todo vale. No solo hay que regular, sino hacerlo desde un enfoque que prime los derechos de las personas, no solo porque es más justo sino porque, al final, termina siendo mucho más eficaz y productivo. Ahora bien, por eso mismo, tampoco me parece el mejor camino emprender una cruzada contra el fantasma de la regresión descalificando, a menudo sin haber leído el contenido, las normas. En absoluto, hay bases para afirmar que la Directiva de Retorno «quedará en la historia como vergonzosa y xenófoba».

Como tampoco es horrible «la Directiva de las 65 horas», que ni es todavía Directiva ni tampoco abanderará un cambio de las 48 a las 65, sino más bien lo contrario, las 65 horas son un límite al modelo descontrolado ya vigente. Pero en todo caso, y por volver al recurrente eslogan de la «mujer del César» –aunque hoy se me antoje ya algo machista–, el Derecho Social de la UE debería tomar buena nota de esta imagen. De modo que no solo está obligado a construirse sobre Directivas que, promoviendo la eficacia de las políticas de la UE en cualquier materia –aquí del retorno, y de la flexibilidad de tiempo de trabajo–, se muestre siempre garantizadora de los derechos fundamentales, sino que, además, en su forma externa, lo parezca.